

Zur Bekämpfung eines Kostenvorschussauftrags (§§ 365, 332 ZPO)

1. Nach § 365 ZPO ist das Gericht verpflichtet, dem Beweisführer, dem die Verfahrenshilfe nicht bewilligt ist, zur Deckung des mit der Aufnahme des Beweises durch Sachverständige verbundenen Aufwandes den Erlag eines Kostenvorschusses innerhalb einer bestimmten Frist aufzutragen. Dies gilt auch für Vorschüsse für künftig zu entfaltende Tätigkeiten von Sachverständigen, die bereits ein Gutachten erstattet haben, aber auch für erst vom Sachverständigen zu beauftragende Hilfgutachter. Nach § 332 Abs 2 ZPO ist bei nicht rechtzeitigem Erlag des Vorschusses die Verhandlung auf Antrag des Gegners ohne Rücksicht auf die ausständige Beweisaufnahme fortzusetzen.
2. Der Kostenvorschussauftrag ist aus Gründen der Prozessökonomie nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse € 4.000,- übersteigt. Im Rekurs ist die Frage, welche Partei Beweisführer ist und ob nur dieser Partei die Beweispflicht bezüglich der vom Sachverständigen zu ermittelnden Tatsachen obliegt, nicht zu erörtern. Dies ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 332 Abs 2 Satz 2 ZPO. Im Übrigen kann die oft schwierige Frage der Beweislastverteilung in diesem Inzidenzverfahren nicht befriedigend entschieden werden. Die Entscheidung über die Kostenvorschussfrage entfaltet keine Bindung für die Gerichte in der Hauptsachenfrage.
3. Für die Höhe des Kostenvorschusses ist in erster Linie der mit der Aufnahme des Beweises mutmaßlich verbunden Aufwand heranzuziehen, der vollständig abgedeckt werden soll. Nur wenn die allgemeine Praxiserfahrung des Gerichtes nicht ausreicht, muss das Gericht Ermittlungen über die Höhe etwa durch Rückfrage bei Fachleuten anstellen. Der Kostenvorschuss soll den Parteien auch eine realistische Einschätzung der zu erwartenden weiteren Kosten vermitteln.

4. Der Kostenvorschussauftrag ist eine prozessleitende Verfügung im engeren Sinn. Das Rekursverfahren ist daher einseitig; eine Rekursbeantwortung ist unzulässig.

5. In diesem Verfahren findet kein Kostenersatz statt.

OLG Innsbruck vom 6. März 2012, 3 R 13/12d

Im vorliegenden Verfahren ist strittig, ob die von der Beklagten gelieferten 109 Geländeleuchten/Straßenlaternen auftragskonform und mängelfrei sind.

Mit Beschluss vom 2. 1. 2012, 8 Cg 214/10m-20, trug das Erstgericht „beiden Parteien zur Deckung der voraussichtlich weiteren anfallenden Gebühren des Sachverständigen Ing. N. N. für die Ergänzung des Gutachtens den Erlag eines Kostenvorschusses in Höhe von € 1.500,-“ auf. Dieser Beschluss wurde dem Kläger und der Beklagten am 3. 1. 2012 zugestellt.

Am 16. 1. 2012 langte beim Erstgericht ein als „Antrag auf Berichtigung (eines Übertragungsfehlers) - in eventu – Rekurs“ bezeichneter Schriftsatz der Beklagten ein, mit dem sie erkennbar die „Berichtigung“ des Beschlusses dahin anstrebt, den Erlag eines Kostenvorschusses nur dem Kläger als Beweisführer aufzuerlegen.

Mit dem vom Rekursgericht (3 R 13/12d [1]) angeregten Beschluss vom 10. 2. 2012, 8 Cg 214/10m-26, berichtigte das Erstgericht den Beschluss dahin, dass sein Spruch nunmehr wie folgt lautet: „Beiden Parteien wird zur Deckung der voraussichtlich weiteren anfallenden Gebühren des Sachverständigen Ing. N. N. für die Ergänzung des Gutachtens ein Kostenvorschuss in Höhe von je € 1.500,-, einzuzahlen binnen 14 Tagen bei der gemeinsamen Rechnungsführerin des Oberlandes- und Landesgerichts Innsbruck, aufgetragen.“

In der Begründung des Berichtigungsbeschlusses verwies das Erstgericht darauf, dass beide Parteien Beweis durch Aufnahme eines licht- und elektrotechnischen Sachbefund-

des beantragt hätten und daher als Beweisführer einzustufen seien.

Mit dem Schriftsatz vom 30. 1. 2012, den sie als „Replik der klagenden Partei“ bezeichnet, fasst die Klägerin schon den ursprünglichen Beschluss so auf, dass beide Parteien als Beweisführer die weiteren Kostenvorschüsse jeweils zur Hälfte zu bezahlen hätten, und vertritt weiter den Standpunkt, der Berichtigungsantrag und der eventualiter erhobene Rekurs seien unbegründet bzw unzulässig, weil sich die beiderseitige Kostentragungspflicht klar genug schon aus dem (*ursprünglichen*) Beschluss ergebe und der vorliegende Beschluss des Erstgerichts einen Kostenvorschuss bis zu € 4.000,- betreffe, der nicht bekämpfbar sei.

Der Rekurs der Beklagten erweist sich aus nachstehenden Erwägungen als unbegründet:

1. Das Erstgericht hat im Ergebnis zu Recht hervorgehoben, dass § 365 ZPO das erkennende Gericht dazu verpflichtet, dem Beweisführer, dem die Verfahrenshilfe – wie den Streitparteien – nicht bewilligt ist, zur Deckung des mit der Aufnahme des Beweises durch Sachverständige verbundenen Aufwandes den Erlag eines Vorschusses innerhalb einer bestimmten Frist aufzutragen. § 332 Abs 2 ZPO idF Art 16 Abs 8 BGBl I 2009/52 ist sinngemäß anzuwenden, weil es sich hier nicht um Nachschüsse für bereits aufgelaufene Sachverständigenkosten handelt, sondern lediglich um Vorschüsse für künftig zu entfaltende Tätigkeiten des Sachverständigen bzw für erst von ihm zu beauftragende Hilfsgutachter (*Krammer in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III² [2003] § 365 ZPO Rz 17*; OLG Linz 2 R 106, 107/92, SV 1992/3, 29; LG Klagenfurt 3 R 55/09m, RIS-Justiz RKL0000069; OLG Innsbruck 3 R 68/10i; 13 Ra 68/08k; 3 R 15/08t; 13 Ra 39/98b, RIS-Justiz RI0000064). Nach § 332 Abs 2 ZPO ist bei nicht rechtzeitigem Erlag des Vorschusses die Verhandlung auf Antrag des Gegners ohne Rücksicht auf die ausständige Beweisaufnahme fortzusetzen (§ 279 ZPO; vgl RIS-Justiz RS0119730). Der Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses aufgetragen wird, ist aus Gründen der Prozessökonomie nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse € 4.000,- übersteigt (OLG Wien 13 R 70/99f; LGZ Wien zB 41 R 10/04f, MietSlg 57.681; 38 R 172/03f, MietSlg 55.684; OLG Innsbruck 3 R 68/10i). Nach weit überwiegender Auffassung ist daher die Überprüfung der im Rekurs aufgeworfenen Fragen, nämlich ob auch die Beklagte ein Interesse an der Aufnahme des Sachbefunds und der im Wege dieses Sachbefunds zu beweisenden Tatsachen hat, und ob daher auch der Beklagten ein Teil des Kostenvorschusses aufzuerlegen ist, also die Frage, ob nur der Kläger Beweisführer im Sinn des § 365 ZPO ist und ob nur ihm die Beweispflicht bezüglich der vom Sachverständigen zu ermittelnden Tatsachen obliegt, oder ob dies auch auf die Beklagte zutrifft, nicht zu erörtern (*Krammer, aaO, Rz 30*; *Rüffler, Der Sachverständige im Zivilprozess [1995] 50 ff*; OLG Wien 13 R 108/07b, RIS-Justiz RW0000386; 3 R 131/03m, RW0000112; 15 R 62/97s, RW0000181; 13 R 169/96k, SV 1997/1, 33; OLG

Linz 2 R 135/05v, RL0000062; OLG Innsbruck 2 R 258/04i, SV 2005/2, 120; 3 R 68/10i; 13 Ra 68/08k; 3 R 15/08t).

2. Diese Anfechtungsbeschränkung wird in erster Linie damit begründet, dass die mit der ZVN 1983 (Art IV Z 54 BGBl 1983/135) eingeführte Bestimmung des § 332 Abs 2 Satz 2 ZPO die Anfechtung klar auf die Frage der Höhe beschränkt und die Erwägungen im betreffenden Justizausschussbericht (1337 BlgNR 15. GP, 13 f) kein eindeutiges Bild ergeben und keinen Rückschluss auf den unzweideutigen Willen des Gesetzgebers zulassen, entgegen dem klaren Wortlaut des § 332 Abs 2 Satz 2 ZPO die bloße Anfechtbarkeit der Höhe des aufgetragenen Vorschusses bei € 4.000,- übersteigenden Vorschussbeträgen ausdehnend auch auf die Frage des Grunds der Vorschusspflicht, insbesondere die Beweispflichten der Parteien, auszudehnen (zusammenfassend zB *Rüffler, aaO, 50 f*; OLG Linz 2 R 135/05v wie vorhin). Der Inhalt des Justizausschussberichts, in dem in unklarer Weise von unbilligen Anfechtungsbeschränkungen die Rede ist, kann auch nicht durch Auslegung Geltung erlangen, weil der Inhalt der Norm mit ihrer Systematik und in ihrem Zusammenhang mit anderen Normen über der Meinung der Redaktoren steht (RIS-Justiz RS0008776, RS0008799, RS0008800; OLG Linz wie vorhin). Im Übrigen kann die oft schwierig zu lösende Frage der Beweislastverteilung einerseits nicht schon in einem frühen Stadium des Rechtsstreits und andererseits nicht mit den eingeschränkten Mitteln des Rekursverfahrens (insbesondere der eingeschränkten Anfechtbarkeit der Beweisfrage und des Ausschlusses der dritten Instanz nach § 528 Abs 2 Z 5 ZPO) befriedigend entschieden werden. Die Befassung des Rekursgerichts mit Fragen der Beweislastverteilung in Abhängigkeit von auferlegten Vorschüssen, möglicherweise in mehreren Prozessphasen, müsste zu einer unerträglichen Prozessverschleppung führen. Die Entscheidung des Rekursgerichts im Inzidenzverfahren über die Kostenvorschüsse entfaltet keine Bindung für das Berufungs- und Revisionsgericht in der Hauptsachenfrage, sodass die Parteien – nur bedingt durch die unterschiedlich vollständige Sachverhaltsgrundlage – zu ein und derselben Frage in ein und demselben Verfahren mit möglicherweise unterschiedlichen Rechtsansichten konfrontiert würden. Nur in Handelssachen könnte dies unter Umständen dadurch gerechtfertigt werden, dass die Gerichtsbesetzung im Rekursverfahren anders ist als im Hauptsachen-Berufungsverfahren (OLG Linz wie vorhin; OLG Wien zB 3 R 150/07m, RIS-Justiz RW0000425; 15 R 62/97s; 14 R 166/87, REDOK 12.563; LG Salzburg 21 R 590/07x, EFSlg 121.132; OLG Innsbruck 3 R 144/10s; 3 R 68/10i; 13 Ra 68/08k; 3 R 15/08t).

Daher kann die im Rekurs insbesondere ventilerte Frage, ob der Kläger oder der Beklagte aufgrund der Beweislast Beweisführer ist, im vorliegenden Rekursverfahren nicht geklärt werden (OLG Wien 13 R 108/07b und OLG Innsbruck wie vorhin).

3. Im Übrigen ist der Kostenvorschuss auch nicht als überhöht zu betrachten: Für die Höhe des Kostenvorschusses ist in erster Linie der mit der Aufnahme des Beweises mut-

maßlich verbundene Aufwand heranzuziehen (*Krammer*, aaO, Rz 24; OLG Innsbruck 3 R 68/10i; 13 Ra 68/08k). Die als Kostenvorschuss aufgetragene Summe soll den voraussichtlichen Aufwand des (weiteren) Sachverständigenbeweises vollständig abdecken. Dabei kann sich das Gericht in erster Linie an seiner allgemeinen Praxiserfahrung und in Verfahren wie dem vorliegenden, in denen bereits ähnliche Gutachten erstattet wurden, auch an den Kosten dieser (Teil-)Gutachten orientieren. Nur soweit diese Erfahrungen nicht ausreichen, muss das Gericht Ermittlungen über die mögliche Höhe zB durch Rückfrage bei Fachleuten stellen (vgl Erl Präs OLG Wien Jv 18.290-5b/86, SV 1987/1, 15; *Krammer*, aaO; OLG Innsbruck 3 R 68/10i). Durch den Kostenvorschuss soll den Parteien vor allem auch eine realistische Grundlage für die Einschätzung der weiteren Prozesskosten, die in erster Linie durch Rechtsanwaltskosten, Sachverständigengebühren und Gerichtskosten bestimmt werden, vermittelt werden und damit eine vernünftige Grundlage für ihre Überlegungen, mit welchem Aufwand sie ein weiteres Prozessziel noch verfolgen sollen und wollen (*Krammer*, aaO, Rz 2, 24; OLG Innsbruck 3 R 68/10i; 13 Ra 68/08k).

Berücksichtigt man diese Vorgaben aus der Rechtsprechung und die vom Sachverständigen Ing. N. N. bekanntgegebenen weiteren Kosten, die bisherige Kostennote des Sachverständigen Ing. N. N. (€ 4.854,-) und den Umfang der Erinnerungen gegen das Sachverständigengutachten, erscheint der vom Erstgericht aufgetragene Gesamtvorschuss von € 3.000,- (à € 1.500,-) keinesfalls überhöht. Der Rekurs der Beklagten ist daher, auch soweit er zulässigen Inhalt aufweist, unbegründet.

4. Eine Rekursbeantwortung der Klägerin wäre hier unzulässig, weil der Kostenvorschuss nur eine prozessleitende Verfügung im engeren Sinn darstellt, gegen den gemäß § 521a ZPO idF Art III Z 15 ZVN 2009 das Rekursverfahren nur einseitig ist (6 Ob 201/09s; OLG Innsbruck 3 R 68/10i). Auch der Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses stellt einen solchen verfahrensleitenden Beschluss dar (*M. Bydlinski in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III² [2004] Vor §§ 425 ZPO Rz 10 S 1330; LGZ Wien 45 R 287/08a, EFSlg 121.954; LGZ Wien 45 R 647/05p, EFSlg 115.908; OLG Innsbruck 3 R 68/10i). Im Übrigen hat der Kläger in seiner Eingabe keine Kosten verzeichnet.

5. Auch im Rekursverfahren gegen Beschlüsse, mit denen Kostenvorschüsse aufgetragen wurden, findet kein Kostenersatz statt (*Obermaier*, Kostenhandbuch², Rz 100, 297; OLG Wien, RIS-Justiz RW0000425, RW0000386 oder 16 R 203/02v, WR 934 = bbl 2003/50 = RIS-Justiz RW0000073; OLG Innsbruck 3 R 68/10i; 3 R 15/08t).

6. Der weitere Rechtszug gegen die vorliegende Entscheidung ist wegen der absoluten Revisionsrekursabschlussgründe gemäß § 528 Abs 2 Z 3 (8 Ob 21/07g; 4 Ob 156/06d; RIS-Justiz RS0044288) und Z 5 ZPO, die auch im Verfahren zum Erlag eines Kostenvorschusses für Sachverständigengebühren eingreifen (5 Ob 188/05s; 1 Ob 18/04k; 5 Ob 149/97s, MietSlg 49.694; RIS-Justiz RS0044179), jedenfalls ausgeschlossen. Darüber war

gemäß § 526 Abs 3, § 500 Abs 2 Z 2 ZPO ein eigener Ausspruch in den Tenor der Rekursentscheidung aufzunehmen.

6. Im Hinblick auf den klaren Gesetzeswortlaut und den Regelungszweck einer Verfahrensbeschleunigung ist der herrschenden Rechtsprechung zu folgen, dass im Rekursverfahren die Klärung der Frage, wer Beweisführer ist und wer daher dem Grunde nach verpflichtet ist, einen Kostenvorschuss zu leisten, und damit überhaupt jede Überprüfung der verfahrensrechtlichen Richtigkeit des Kostenvorschussauftrags ausgeschlossen ist.

7. Die Höhe des Kostenvorschusses hat sich am voraussichtlichen Kostenaufwand zu orientieren.

8. Ein Kostenersatz findet nicht statt

OLG Wien vom 7. Mai 2012, 5 R 66/12f

Zentrales Thema des Verfahrens vor dem Erstgericht ist die bestrittene Behauptung des mittlerweile verstorbenen Klägers, er sei zum Zeitpunkt der Unterfertigung eines Notariatsaktes im März 2005 nicht geschäftsfähig gewesen.

Mit Schriftsatz vom 19. 5. 2011 beantragte die Klägerin (*Verlassenschaft*) die Einvernahme von weiteren fünf Zeugen zum Beweis für die Persönlichkeitsmerkmale des Verstorbenen.

Mit dem angefochtenen Beschluss erging an die Klägerin der Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses in der Höhe von € 2.000,- zur Beiziehung des Sachverständigen Dr. N. N. bei der Einvernahme der ergänzend beantragten Zeugen.

Gegen diesen Beschluss erhoben die Klägerin und die Nebenintervenienten Rekurs wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss ersatzlos zu beheben; hilfsweise wird beantragt, der Beklagten den Kostenvorschuss aufzuerlegen, in eventu dem Sachverständigen die Rückzahlung der bezogenen Kostenvorschüsse aufzutragen, in eventu, den Kostenvorschussbetrag herabzusetzen.

Die Beklagte beantragt, den Rekursen nicht Folge zu geben.

Die Rekurse sind im Sinne des Eventualantrages auf Herabsetzung des Kostenvorschusses berechtigt.

Nach § 332 Abs 2 Satz 2 ZPO, der gemäß § 365 ZPO hier sinngemäß anzuwenden ist, ist ein Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses aufgetragen wird, nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse € 4.000,- übersteigt.

Zwar vertreten Lehre und Rechtsprechung zum Teil, dass auch die Frage, ob überhaupt ein Vorschuss zu leisten ist, einer Überprüfung bedarf (zum kontroversiellen Meinungsstand vgl *Krammer in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III², § 365 ZPO Rz 30). Es ist aber der von *Krammer* (aaO) als herrschend dargestellten Rechtsprechung zu folgen, dass im Hinblick auf den klaren Gesetzeswortlaut und

den Regelungszweck einer Verfahrensbeschleunigung die Klärung der Frage, wer Beweisführer ist und wer daher dem Grunde nach verpflichtet ist, einen Kostenvorschuss zu leisten, und damit überhaupt jede Überprüfung der verfahrensrechtlichen Richtigkeit des Auftrags im Rekursverfahren ausgeschlossen ist (siehe auch *Klauser/Kodek*, ZPO¹⁶, § 333 ZPO E 8).

Die Frage, ob richtigerweise anstelle der Klägerin die Beklagte den Kostenvorschuss zu tragen hat, ist daher im Rekursverfahren nicht überprüfbar.

Zu Recht moniert jedoch der Rekurs der Klägerin die Höhe des ergänzenden Kostenvorschusses. Aus dem Akteninhalt ergibt sich, dass ein restlicher Kostenvorschuss der Klägerin von € 710,- zu BE 101386 erliegt. Aktenkundig ist, dass bisher für mündliche Streitverhandlungen in der Dauer von ca. 8/2 Stunden die Gebühren jeweils einvernehmlich in einem Rahmen zwischen € 1.200,- und € 1.500,- ausgemessen wurden. Der Kostenaufwand für die in Aussicht genommene Einvernahme der beantragten Zeugen im Beisein des Sachverständigen kann daher mit ca. € 1.500,- eingeschätzt werden. Angesichts des noch erliegenden Kostenvorschusses ergibt sich ein Ergänzungsbetrag von rund € 800,-.

Der angefochtene Beschluss war daher – wie aus dem Spruch ersichtlich – abzuändern.

Kraft Größenschlusses ist § 41 Abs 3 letzter Satz GebAG anwendbar; ein Kostenersatz findet nicht statt (vgl OLG Wien 16 R 203/02v, RIS-Justiz RW0000073).

Die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses gründet auf § 528 Abs 2 Z 5 ZPO.