

## Höhe des Kostenvorschusses für den Sachverständigenbeweis (§§ 365, 332 Abs 2 ZPO) – Ökonomie des Verfahrens

1. Der Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses für Sachverständigengebühren aufgetragen wird, ist nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse € 4.000,- übersteigt. Die Prüfung der Frage, wer Beweisführer und daher dem Grunde nach verpflichtet ist, einen Kostenvorschuss zu leisten, ist im Rekursverfahren ausgeschlossen.
2. Die Höhe des aufgetragenen Kostenvorschusses hat dem voraussichtlichen Aufwand des Sachverständigenbeweises zu entsprechen, sie darf nicht geringer, soll aber auch nicht höher sein. Der Richter hat bei der Bestimmung der Höhe des Kostenvorschusses grundsätzlich keinen Spielraum. Die Höhe des aufzutragenden Kostenvorschusses hat sich stets daran zu orientieren, welcher berechnete Gebührenanspruch des Sachverständigen zu erwarten ist. Soweit erforderlich, hat das Gericht darüber Ermittlungen anzustellen.
3. Durch den Kostenvorschuss sollen die Parteien eine realistische Grundlage für die Einschätzung erhalten, mit welchem Aufwand sie ihr Prozessziel verfolgen. Dabei darf das Gericht die Einschätzung des Sachverständigen über die Höhe seines Gebührenanspruchs nicht ungeprüft übernehmen. Es ist daher notwendig, den genauen Umfang des Auftrags an den Sachverständigen festzulegen. Nach den relevanten Fragestellungen ist der Aufwand für die Erstattung des Gutachtens einzuschätzen.
4. Die Parteien dürfen nicht durch eine in Aussicht genommene übermäßige Kostenbelastung von der Führung des Sachverständigenbeweises abgehalten werden. Nach Möglichkeit ist das Einvernehmen mit den Parteien über den Umfang der Beauftragung des Sachverständigen herzustellen.
5. Der mit der GebAG-Novelle 1994 verfolgte Gedanke der Ökonomie des Sachverständigenbeweises rechtfertigt es, den Parteien im Zivilprozess entsprechend dem Dispositionsgrundsatz Einfluss auf die „Tiefe“ der Beweiserhebung zuzugestehen, indem sie zu der von ihnen gewünschten Qualifikation des Sachverständigen, die letztlich ihren Niederschlag im Honorar findet, Stellung nehmen.
6. Jede Partei kann auf dem „Markt des Fachwissens“ eingeholte Vergleichsangebote dem Gericht vorlegen. Das kann dazu führen, dass unter gleich qualifizierten Gutachtern derjenige auszuwählen ist, dessen Tätigkeit für das Verfahren die geringste Kostenbelastung bedeutet, wobei die Bestellung eines bestimmten Sachverständigen allein dem Richter vorbehalten ist.

7. **Es stellt eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens dar, wenn das Gericht vor Beschlussfassung über den Kostenvorschuss den Parteien keine Äußerungsmöglichkeiten zu der Stellungnahme des Sachverständigen über den Kostenaufwand einräumt oder das Vorbringen einer Partei über eine kostengünstigere Vorgangsweise nicht berücksichtigt. Der in Aussicht genommene Sachverständige wird zu den Einwänden der Parteien eine detaillierte Stellungnahme abzugeben haben, zu der den Parteien vor der neuerlichen Beschlussfassung eine Äußerungsmöglichkeit einzuräumen sein wird. Nur so erhalten die Parteien eine taugliche Grundlage zur Einschätzung des in ihre Prozessführungsüberlegungen einzubeziehenden Kostenaufwands.**
8. **Sollte die Klägerin auf der wesentlich kostengünstigeren Befundungsart beharren, wird das Gericht unter Beachtung des Dispositionsgrundsatzes den Sachverständigen mit dieser Methode der Befundaufnahme zu beauftragen und den der Klägerin aufzuerlegenden Kostenvorschuss an den dafür voraussichtlich auflaufenden Kosten zu orientieren haben.**
9. **Im Rekursverfahren über einen Kostenvorschussauftrag findet ein Kostenersatz nicht statt (§ 41 Abs 3 GebAG).**

**OLG Wien vom 12. Oktober 2012, 2 R 179/12a und 2 R 180/12y**

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Zahlung von € 36.635,30 sA und bringt vor, sie habe für diese beim Bauvorhaben K-B eine Solaranlage geliefert und montiert. Der dafür vereinbarte Werklohn in Klagshöhe hafte unberichtigt aus.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen, und wendet mangelnde Fälligkeit des Werklohns infolge Mangelhaftigkeit der Werkleistung in Bezug auf Planung, Montage und Installation ein. Ferner erhebt sie eine Gegenforderung ua aufgrund von Mängeln zweier weiterer von der Klägerin errichteter Anlagen, wozu sie sich ua auf den Sachverständigenbeweis beruft.

Die Klägerin bestreitet das Vorliegen von Mängeln und beantragt dazu unter anderem die Einholung eines Gutachtens aus dem Fachgebiet des Bauwesens, Spezialgebiet Solaranlagen.

Nach Erteilung des – nur von der Klägerin befolgten – Auftrags zum Erlag eines Kostenvorschusses von € 2.500,– an beide Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 2. 11. 2010 bestellte das Erstgericht mit Beschluss vom 11. 5. 2011 DI (FH) N. N. zum Sachverständigen und beauftragte ihn mit der Aufnahme von Befund und Gutachten zum Vorliegen der von der Beklagten behaupteten Mängel beim Bauvorhaben K-B.

Am 19. 9. 2011 legte der Sachverständige DI (FH) N. N. dem Erstgericht das aufgetragene Gutachten vor und verzeichnete dafür Gebühren von € 2.688,–.

Mit Beschluss vom 29. 9. 2011 stellte das Erstgericht den Parteien das Sachverständigengutachten unter Anschluss der Gebührennote zur Äußerung zu und trug der klagenden Partei einen ergänzenden Kostenvorschuss von € 188,– sowie beiden Parteien für den Fall, dass sie die Ladung des Sachverständigen zur nächsten Tagsatzung beantragen, den Erlag eines Kostenvorschusses von € 800,– auf.

Mit Schriftsatz vom 10. 11. 2011 beantragte die Klägerin unter Anschluss einer umfangreichen Fragenliste die Ergänzung bzw Erörterung des Gutachtens.

Mit Schriftsatz vom 14. 11. 2011 stellte auch die Beklagte den Antrag auf Gutachtensergänzung bzw -erörterung im Sinne der von ihr formulierten Fragen.

Nach Erlag der aufgetragenen ergänzenden Kostenvorschüsse durch die Streitteile (Klägerin: € 988,–; Beklagte: € 800,–) erteilte das Erstgericht dem Sachverständigen DI (FH) N. N. mit Beschluss vom 2. 2. 2012 den Auftrag zur schriftlichen Gutachtensergänzung im Sinne der Fragen der Parteien.

Mit Schreiben vom 25. 5. 2012 teilte der Sachverständige DI (FH) N. N. dem Erstgericht mit, dass mit der Erstellung der beantragten Gutachtensergänzung ein weiterer Kostenaufwand von zirka € 15.000,– (für Befundaufnahme, zusätzliche Subsachverständige und Subfirmen) verbunden sei.

Aufgrund dieser Kostenschätzung trug das Erstgericht den Streitteilen mit Beschluss vom 26. 5. 2012 den Erlag eines weiteren Kostenvorschusses von je € 8.000,– binnen 14 Tagen auf.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Klägerin vom 13. 6. 2012 wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den Beschluss dahin abzuändern, dass ihr lediglich ein Kostenvorschuss von € 2.000,– aufgetragen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Mit Schriftsatz vom 13. 6. 2012 zog die Beklagte ihre im Schriftsatz vom 14. 11. 2011 gestellten Ergänzungsfragen zurück.

Mit Beschluss vom 19. 7. 2012 widerrief das Erstgericht den Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses von € 8.000,– an die Beklagte (Spruchpunkt 1.) und trug der Klägerin einen weiteren Kostenvorschuss von € 8.000,– binnen 14 Tagen auf (Spruchpunkt 2.). Zur Begründung führte das Erstgericht aus, die Klägerin sei nach Zurückziehung der Ergänzungsfragen durch die Beklagte alleinige Beweisführerin, weshalb ihr der gesamte Kostenvorschuss aufzuerlegen gewesen sei.

Gegen Punkt 2. dieses Beschlusses richtet sich der Rekurs der Klägerin vom 3. 8. 2012 wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, diesen Punkt ersatzlos zu beheben, in eventu der Klägerin einen ergänzenden Kostenvorschuss von lediglich € 100,– bzw von € 2.200,– aufzuerlegen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

## Entscheidungen und Erkenntnisse

Die Beklagte hat zu beiden Rekursen keine Rekursbeantwortung erstattet.

Mit beiden Rekursen releviert die Rekurswerberin weitgehend wortgleich als Mangelhaftigkeit des Verfahrens, dass das Erstgericht die Höhe des aufgetragenen Kostenvorschusses ausschließlich aufgrund der Kostenschätzung des Sachverständigen vom 26. 5. 2012 und dessen ergänzender Stellungnahme vom 9. 7. 2012 festgesetzt und ihr vor der ersten Beschlussfassung keine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt bzw bei der zweiten Beschlussfassung ihre Stellungnahme vom 13. 6. 2012 nicht berücksichtigt habe. Darin habe sie vorgebracht, dass die vom Sachverständigen in Aussicht genommene De- und Wiedermontage der Solarkollektoren inklusive Entleerung und Wiederinbetriebnahme der Anlage für eine ordnungsgemäße Befundung und Begutachtung nicht erforderlich sei, da die gesamte Montageebene wesentlich kostengünstiger durch eine Kamera befundet werden könne. Aus dem von ihr vorgelegten Angebot des gerichtlich beeideten Sachverständigen Dipl.-HTL-Ing. H. B. vom 12. 6. 2012 ergebe sich, dass es technisch möglich sei, die Unterkonstruktion und die Befestigung der Kollektoren an der Unterkonstruktion ohne Demontage der Kollektoren unter Verwendung einer Rohrkamera und eines Drehmomentschlüssels zu überprüfen. Bei Anwendung dieser Methode würden sich die Kosten der Befundung und Gutachtenserstellung auf insgesamt € 2.688,- zuzüglich Umsatzsteuer belaufen. Diese Methode sei daher wesentlich kostengünstiger als die De- und Wiedermontage der Sonnenkollektoren, bei welcher Schäden an der Anlage nicht ausgeschlossen werden könnten und überdies die Gefahr bestehe, dass die Funktion der Anlage in der Folge nicht mehr ordnungsgemäß überprüft werden könne. Mit allen diesen Einwänden habe sich das Erstgericht nicht auseinandergesetzt und den Sachverständigen nicht damit konfrontiert. Auch aus der ergänzenden Stellungnahme des Sachverständigen lasse sich nicht entnehmen, mit welcher konkreten Subgutachtertätigkeit DI Dr. Sch. beauftragt werden solle. Soweit dieser mit der Frage befasst werden sollte, ob die Statik des Daches selbst für die Montage der Solaranlage ausreiche, werde darauf hingewiesen, dass die Statik nicht in den Zuständigkeitsbereich der Klägerin falle, sodass diese weder zu befunden noch zu begutachten sei. Aus prozessökonomischen Gründen hätte das Erstgericht den Sachverständigen vor der Befundergänzung überdies auffordern müssen, bekannt zu geben, welche Ergänzungsfragen von ihm bereits aufgrund der vorliegenden Unterlagen beantwortet werden könnten und die Höhe des aufzuerlegenden Kostenvorschusses nur an jenen Kosten bemessen müssen, die mit der Ergänzung des Gutachtens ohne weitere Befundung verbunden seien.

Dazu ist auszuführen:

Gemäß § 332 Abs 2 Satz 2 ZPO (iVm § 365 Satz 2 ZPO) ist der Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses für Sachverständigengebühren aufgetragen wird, nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der

Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse € 4.000,- übersteigt. Hingegen ist nach herrschender Ansicht angesichts des klaren Gesetzeswortlauts und des Regelungszwecks einer Verfahrensbeschleunigung auch bei Übersteigen der betraglichen Anfechtungsgrenze die Prüfung der Frage, wer Beweisführer und daher dem Grunde nach verpflichtet ist, einen Kostenvorschuss zu leisten, im Rekursverfahren ausgeschlossen (zB OLG Wien 3 R 106/07s; *Krammer in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, § 365 ZPO Rz 30 mwN*). Im vorliegenden Fall ist die Anfechtungsgrenze deutlich überschritten, weshalb die in Rede stehenden Beschlüsse des Erstgerichts in Bezug auf die Höhe des auferlegten Kostenvorschusses angefochten werden kann. Die Rekurse sind somit zulässig; sie sind im Sinn des jeweils gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt.

Die Höhe des einer Partei aufgetragenen Kostenvorschusses hat dem voraussichtlichen Aufwand des Sachverständigenbeweises zu entsprechen, somit den voraussichtlichen Arbeitsumfang des Sachverständigen voll zu decken, darf nicht geringer, soll aber auch nicht höher sein. Wie dem Wortlaut des § 365 ZPO zu entnehmen ist, hat der Richter bei der Bestimmung der Höhe des Kostenvorschusses grundsätzlich keinen Spielraum (*Wiesleitner, Kostenfragen beim Sachverständigenbeweis im Verfahren vor den Zivilgerichten, ÖJZ 1992, 41; Krammer in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, § 365 ZPO Rz 24*). Die Höhe des aufzutragenden Kostenvorschusses hat sich vielmehr – mit Blick auf die Bestimmungen des GebAG – stets daran zu orientieren, welcher (berechtigte) Gebührenanspruch des Sachverständigen zu erwarten ist. Soweit erforderlich, hat das Erstgericht darüber Ermittlungen anzustellen. Anhand des Kostenvorschusses sollen die Parteien eine realistische Grundlage für die Einschätzung erhalten, mit welchem Aufwand sie ihr Prozessziel verfolgen. Dabei darf das Gericht die Einschätzung des Sachverständigen über die Höhe seines Gebührenanspruchs nicht ungeprüft übernehmen. Aus diesem Grund ist es notwendig, dass das Gericht zunächst den genauen Umfang des Auftrags an den Sachverständigen festlegt. Zu diesem Zweck müssen die relevanten Fragestellungen, die sich für den Sachverständigen ergeben, vor der Kosteneinschätzung konkret erarbeitet werden. Gleichzeitig ist zu überlegen, welche Untersuchungen des Sachverständigen zur Beantwortung der Fragen notwendig sind. Anhand dieser Parameter ist im Anschluss daran der Aufwand des Sachverständigen für die Erstattung seines Gutachtens einzuschätzen (OLG Wien, 1 R 118/05p).

Im Zusammenhang mit der Auferlegung eines Kostenvorschusses ist zu beachten, dass die Parteien nicht etwa durch eine in Aussicht genommene übermäßige Kostenbelastung von der Führung des Sachverständigenbeweises abgehalten werden dürfen. Aus diesem Grund ist daher nach Möglichkeit das Einvernehmen mit den Parteien über den Umfang der Beauftragung des Sachverständigen herzustellen (vgl OLG Wien, 1 R 118/05p).

Der mit der GebAG-Novelle 1994 verfolgte Gedanke der Ökonomie des Sachverständigenbeweises rechtfertigt es auch, den Parteien zumindest im Zivilprozess im Hinblick auf einen richtig verstandenen Dispositionsgrundsatz Einfluss auf die „Tiefe“ der Beweiserhebung zuzugestehen, indem sie zu der von ihnen gewünschten Qualifikation des Sachverständigen, die letztlich ihren Niederschlag im Honorar findet, Stellung nehmen. Andererseits kann jede Partei auf dem „Markt des Fachwissens“ eingeholte Vergleichsanbote gleich qualifizierter allgemein gerichtlich beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger dem Gericht vorlegen. Das kann dazu führen, dass unter gleich qualifizierten Gutachtern derjenige auszuwählen ist, dessen Tätigkeit für das Verfahren die geringste Kostenbelastung bedeutet, wobei natürlich die Bestellung eines bestimmten Sachverständigen allein dem Richter vorbehalten ist (*Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG<sup>3</sup>, Anm 7 zu § 25 GebAG; *Krammer*, aaO, Rz 2 f mwN).

Im vorliegenden Fall beauftragte das Erstgericht mit Beschluss vom 2. 2. 2012 den Sachverständigen DI (FH) N. N. mit der schriftlichen Beantwortung der Fragen der Klägerin und der Beklagten. Mit Schreiben vom 25. 5. 2012 teilte der Sachverständige dem Gericht mit, dass sich die Kostenschätzung für die Befundaufnahme, zusätzliche Subsachverständige und Subfirmen auf zirka € 15.000,- belaufe, und sich aus den Positionen 1.) Reisekosten und Nächtigungskosten (Sachverständige, Montagetrupp inklusive LKW), 2.) Kosten für Montage LKW, 3.) Demontage und Montage der Solarkollektoren inklusive Entleerung und Füllen bzw. Wiederinbetriebnahme der Solaranlage, 4.) Begutachtung der Anlage vor Ort (Sachverständige, Subsachverständige), 5.) Erstellung Gutachten durch den Sachverständigen zusammensetze. Ohne den Parteien eine Äußerungsmöglichkeit zu dieser Kostenschätzung einzuräumen, trug das Erstgericht beiden Streitparteien mit (dem erstangefochtenen) Beschluss vom 26. 5. 2012 einen ergänzenden Kostenvorschuss von € 8.000,- auf. Nach Zurückziehung des Gutachtensergänzungsantrags durch die Beklagte trug das Erstgericht dem Sachverständigen DI (FH) N. N. auf, zur Äußerung der Klägerin (die inhaltlich weitgehend dem Rekursvorbringen entsprach) Stellung zu nehmen, sowie bekannt zu geben, wie sich die Kosten von € 15.000,- aufschlüsseln und wie viel davon auf die ergänzenden Fragen der Klägerin und der Beklagten entfallen. Daraufhin konkretisierte der Sachverständige seine Kostenschätzung mit Schreiben vom 9. 7. 2012 dahin, dass für die Firma S. (De- und Wiedermontage der Solaranlage) € 9.390,-, für die Firma Sr-Zt GmbH € 3.000,- und für die Gutachtenserstattung durch den Sachverständigen € 3.200,- auflaufen würden. Auch den (zweitangefochtenen) Beschluss vom 19. 7. 2012 fasste das Erstgericht, ohne den Parteien zuvor eine Äußerungsmöglichkeit zur Stellungnahme des Sachverständigen einzuräumen. Erst nach der Beschlussfassung holte das Erstgericht eine weitere Stellungnahme des Sachverständigen DI (FH) N. N. ein.

Die Rekurswerberin releviert nun zu Recht als Mangelhaftigkeit des Verfahrens, dass ihr das Erstgericht vor der ersten Beschlussfassung keine Äußerungsmöglichkeit

eingeräumt und anlässlich der zweiten Beschlussfassung das in ihrer Äußerung enthaltene und durch Vorlage einer Urkunde bescheinigte Vorbringen nicht berücksichtigt hat, dass die vorgesehene, überaus kostenaufwendige De- und Wiedermontage der Solaranlage für eine ordnungsgemäße Befundung und Begutachtung nicht erforderlich sei, sondern mit der wesentlich kostengünstigeren Befundaufnahme ua unter Verwendung einer Rohrkamera das Auslangen gefunden werden könne, und dass mit der vom Sachverständigen ins Auge gefassten Befundaufnahme überdies die Gefahr der Beschädigung der Anlage und des Verlustes von Beweisen verbunden sei.

Ausgehend von den oben dargestellten Grundsätzen kommt aber diesen Einwänden entscheidungswesentliche Bedeutung zu, hat die Klägerin doch ein Vergleichsanbot des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Dipl.-HTL-Ing. H. B. vorgelegt, dem zufolge es technisch möglich ist, die Unterkonstruktion und die Befestigung der Kollektoren an der Unterkonstruktion ohne Demontage der Kollektoren zu überprüfen, wobei diesfalls mit der Befundaufnahme und der Gutachtenserstattung lediglich Kosten von € 2.688,- verbunden sind.

Das Erstgericht wird den Sachverständigen DI (FH) N. N. daher im fortgesetzten Verfahren zu einer – über die bereits abgegebene pauschale Äußerung hinausgehenden – detaillierten Stellungnahme zu den Einwänden der Klägerin und in den Rekurschriften aufzufordern und dabei zu klären haben, ob die Beantwortung der ergänzenden Fragen der Klägerin auch dann möglich ist, wenn die Befundaufnahme wie in der erwähnten Beilage beschrieben mit einer Kamera durchgeführt wird und welche Kosten konkret damit verbunden sind. Dabei sind vom Sachverständigen auch die Vor- und Nachteile der beiden Untersuchungsmethoden in Bezug auf die behauptete Gefahr der Beschädigung der Anlage und der Verlässlichkeit der auf den Befund aufbauenden Gutachtensergebnisse darzustellen. Des Weiteren wird der Sachverständige auch zur Äußerung dazu aufzufordern sein, welchem Zweck die Beiziehung des Subgutachters Firma Sr-ZT GmbH dient, und welche Ergänzungsfragen von ihm bereits aufgrund der vorliegenden Unterlagen ohne (neuerliche) Befundaufnahme beantwortet werden können. Zu dieser Stellungnahme des Sachverständigen wird den Parteien vor der neuerlichen Beschlussfassung eine Äußerungsmöglichkeit einzuräumen sein. Nur auf diese Weise erhalten diese eine taugliche Grundlage zur Einschätzung des in ihre Prozessführungsüberlegungen einzubeziehenden Kostenaufwands. Sollte die Klägerin danach auf der allenfalls wesentlich kostengünstigeren Befundung durch eine Kamera beharren, wird das Erstgericht im Sinne des oben dargestellten Grundsatzes der Ökonomie des Sachverständigenbeweises und des auch in diesem Zusammenhang geltenden Dispositionsgrundsatzes den Sachverständigen mit dieser Methode der Befundaufnahme zu beauftragen und den der Klägerin aufzuerlegenden Kostenvorschuss an den dafür voraussichtlich auflaufenden Kosten zu orientieren haben.

## Entscheidungen und Erkenntnisse

Insgesamt ergibt sich, dass mangels ausreichender Grundlagen eine Entscheidung über die Höhe des der Klägerin auferlegten Kostenvorschusses noch nicht getroffen werden kann. Aus diesem Grund waren die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung über die Höhe des Kostenvorschusses aufzutragen.

Gemäß § 41 Abs 3 GebAG findet ein Kostenersatz nicht statt. Dies gilt für alle Kosten im Rahmen der Gebührenbestimmung, demnach auch für den Rekurs gegen den Auftrag zum Erlag eines Sachverständigengebührens (Klauser/Kodek, ZPO<sup>16</sup> [2006] § 528 E 143; OLG Wien 16 R 203/02v, 2 R 29/09p).