

## Eingeschränkte Anfechtbarkeit eines Auftrags zum Erlag eines Kostenvorschusses (§ 365 iVm § 332 Abs 2 ZPO)

1. Im Hinblick auf den klaren und eindeutigen Wortlaut des § 332 Abs 2 Satz 2 ZPO ist ein Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses auferlegt wird, nur hinsichtlich der Höhe und nur bei Überschreitung des Betrages von € 4.000,- anfechtbar (§ 365 ZPO). Zur Gesetzesauslegung ist bei eindeutigem Gesetzestext nicht auf die Gesetzesmaterialien zurückzugreifen.
2. Der Rekurs der Klägerin, der sich ausdrücklich nicht gegen die Höhe, sondern nur dagegen richtet, dass der der Höhe nach unbekämpfte Kostenvorschuss von € 100.000,- nicht beiden Parteien auferlegt worden sei, war daher als unzulässig zurückzuweisen.
3. Die Auferlegung eines Kostenvorschusses ist ein der Beweisaufnahme vorgelagerter, verfahrensleitender Beschluss. Das Rekursverfahren ist nicht zweiseitig. Auch die Rekursbeantwortungen waren als unzulässig zurückzuweisen.

### OLG Innsbruck vom 13. Februar 2014, 2 R 17/14p

Der Sachverständige Univ.-Prof. DI Dr. N. N., Sachverständiger für Hochbau, Ausschreibung, Vergabe, Abrechnung und Honorare, übermittelte dem Erstgericht am 17. 8. 2013 sein Gutachten. Alle Parteien beantragten, den Sachverständigen zur mündlichen Gutachtenserörterung zu laden. Der Sachverständige übermittelte dem Erstgericht am 31. 8. 2013 seine Honorarnote über brutto € 169.924,70 und beantragte, seine (abzüglich einer Vorauszahlung von € 20.000,-) restlich aushaftenden Gebühren in Höhe von brutto € 149.925,- vor Rechtskraft des Beschlusses bis zum 20. 9. 2013 an ihn zu überweisen.

Das Erstgericht trug der Klägerin auf, binnen 14 Tagen einen weiteren Kostenvorschuss von € 100.000,- bei Gericht zu erlegen; zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin bereits Kostenvorschüsse von insgesamt € 54.000,- geleistet.

Dagegen richtet sich der Rekurs der Klägerin insoweit, als ihr ein € 50.000,- übersteigender Kostenvorschuss auferlegt wurde. Sie beantragt, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass der Kostenvorschuss von insgesamt € 100.000,- je zur Hälfte der Klägerin und der Beklagten auferlegt werde.

Die Beklagte erstattete eine Rekursbeantwortung und beantragte, dem Rekurs der Klägerin keine Folge zu geben.

Die Nebenintervenientin beantragte, den Rekurs als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihm keine Folge zu geben.

Der Rekurs sowie die dazu erstatteten Rekursbeantwortungen sind unzulässig:

#### 1. Zur Unzulässigkeit des Rekurses:

§ 332 Abs 1 Satz 1 und § 365 Satz 1 ZPO ordnen an, dass das Gericht dem Beweisführer, sofern ihm nicht die

Verfahrenshilfe bewilligt ist, den Erlag eines Kostenvorschusses zur Deckung des durch eine Zeugenvernehmung entstehenden bzw mit der Aufnahme des Beweises durch Sachverständige verbundenen Aufwandes aufzutragen hat. § 332 Abs 2 ZPO bestimmt, dass der Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses für Zeugengebühren aufgetragen wird, nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar ist, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse € 4.000,- übersteigt. § 365 Satz 2 ZPO normiert, dass § 332 Abs 2 ZPO sinngemäß anzuwenden sei.

In der Judikatur wird die Frage, ob Beschlüsse, mit denen der Erlag eines Kostenvorschusses zur Deckung von Sachverständigengebühren aufgetragen wird, nur der Höhe oder auch dem Grunde nach anfechtbar sind, nicht einheitlich gelöst:

Das OLG Wien vertritt in jüngerer Rechtsprechung unterschiedliche Judikaturlinien:

Während in 3 R 131/03m unter Anlehnung an die ältere Judikatur (15 R 62/97s) und unter ausdrücklicher Ablehnung der Entscheidungen 17 R 142/00b und 16 R 203/02v, jeweils OLG Wien, die Rechtsansicht vertreten wird, der Auftrag zum Erlag eines Sachverständigengebührenvorschusses sei dem Grunde nach nicht bekämpfbar (vgl RIS-Justiz RW0000112), wird in den genannten Entscheidungen 17 R 142/00b und 16 R 203/02v die Rechtsansicht vertreten, dass Beschlüsse über Sachverständigengebührenvorschüsse auch dem Grunde nach anfechtbar seien, § 332 Abs 2 ZPO sei ja lediglich sinngemäß anzuwenden (vgl RIS-Justiz RW0000073, RW0000700). Diese Rechtsansicht wird im Wesentlichen auf die Ausführungen im Ausschussbericht zur ZVN 1983 gestützt. Danach sei die Anfechtungsbeschränkung des § 332 Abs 2 ZPO als Ausgleich zwischen dem Anliegen der Prozessbeschleunigung und dem Anliegen, eine erhebliche Beeinträchtigung der Rechtsverfolgung desjenigen, der nicht beweispflichtig sei und dennoch mit einem Kostenvorschuss belastet oder durch Überschätzung der Kosten benachteiligt werde, [zu vermeiden], eingeführt worden. Nach diesem Regelungszweck werde bis zur Anfechtungsgrenze von nunmehr € 4.000,- der Prozessbeschleunigung, darüber aber der Überprüfung der Beweispflicht und der Höhe des Kostenvorschusses der Vorrang eingeräumt. In § 365 ZPO sei auch lediglich die „sinngemäße“ Anwendung des § 332 Abs 2 ZPO angeordnet.

Das OLG Linz hingegen erachtet Beschlüsse über die Auferlegung von Kostenvorschüssen zur Deckung auflaufender Sachverständigengebühren als nur der Höhe nach anfechtbar:

Es setzte sich in seiner Rekursentscheidung 2 R 135/05v ausführlich mit der Lehre, die ebenfalls zu einem Teil eine Anfechtung der Auferlegung des Kostenvorschusses auch dem Grunde nach befürwortet (2 R 135/05v mwN; insb

*Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup>, Rz 1009; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup>, § 365 Rz 5; aA: *Krammer* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> III § 365 ZPO Rz 30), auseinander. Die in den oben zitierten Entscheidungen des OLG Wien entwickelte Judikatur wurde mit der Begründung abgelehnt, dass der Wortlaut des § 332 Abs 2 Satz 2 ZPO an Klarheit und Eindeutigkeit nichts zu wünschen übrig lasse; er könne ausschließlich dahin verstanden werden, dass der Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses unterhalb der Wertgrenze von (nunmehr) € 4.000,- überhaupt nicht und im Falle einer Überschreitung dieser Wertgrenze „nur hinsichtlich seiner Höhe“ – also nicht auch dem Grunde nach zwecks Überprüfung der Person des Beweisführers bzw Beweispflichtigen – anfechtbar sei. Ein anderes vom Gesetzeswortlaut abweichendes Verständnis sei auch durch einen Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien nicht zu erzielen.

Zum einen enthalte der Ausschussbericht keine ausdrückliche und unmissverständliche Aussage, dass beabsichtigt gewesen wäre, den Beschluss über den Erlag eines Kostenvorschusses (bei Überschreitung der Wertgrenze) auch dem Grunde nach anfechtbar zu machen.

Die Ausführungen im Ausschussbericht lauteten wörtlich:

*„Ob der Beschluss, mit dem einer Partei der Erlag eines Kostenvorschusses (zur Deckung der Kosten etwa einer Zeugenvernehmung oder eines Sachverständigengutachtens) aufgetragen wird, anfechtbar ist, ist derzeit nicht ausdrücklich geregelt. Nach Meinung des OGH ist dieser Beschluss unanfechtbar; manche anderen Gerichte lassen jedoch einen Rekurs zu.*

*Besonders der Sachverständigenbeweis – für den die hier für die Zeugen aufgestellte Regelung kraft der Verweisung in § 365 ebenfalls gilt – erfordert oft hohe Kosten. Der einer Partei zur Deckung dieser Kosten aufgetragene Vorschuss kann für sie manchmal zu einer Prozesssperre werden. Die Entscheidung, welche Partei beweispflichtig ist und welcher daher der Kostenvorschuss auferlegt wird, sowie die Schätzung der Höhe der voraussichtlich auflaufenden Kosten können daher für die betreffende Partei einschneidende wirtschaftliche Bedeutung haben; auf das Risiko, es auf eine Sachentscheidung ohne Sachverständigenbeweis ankommen zu lassen und diese dann wegen unrichtiger Entscheidung der Beweislastfrage anzufechten, kann sich eine Partei kaum einlassen.*

*Andererseits würde es eine arge Prozessverzögerung bedeuten, wenn jeder Beschluss, mit dem einer Partei ein Kostenvorschuss aufgetragen wird, angefochten werden könnte. Der Ausschuss schlägt daher eine ausdrückliche Regelung dieser Frage vor, die einen Ausgleich zwischen dem Anliegen der Prozessbeschleunigung und dem Anliegen, eine erhebliche Beeinträchtigung der Rechtsverfolgung zu vermeiden, darstellt: Bis zu einem Betrag von ATS 30.000,-, also der bezirksgerichtlichen Wertgrenze, soll ein solcher Beschluss unanfechtbar sein, darüber hinaus ist eine selbständige Anfechtung möglich. Um ein vernünftiges Verhältnis zum Streitwert und damit typischerweise auch zur Leistungsfähigkeit der Parteien herzustellen,*

*soll diese Grenze für das bezirksgerichtliche Verfahren mit ATS 15.000,- festgesetzt werden. In diesen Rahmen werden einerseits die meisten Kostenvorschüsse fallen, er ist andererseits nicht so hoch, dass ein zu Unrecht aufgetragener Kostenvorschuss eine Partei an ihrer weiteren Rechtsverfolgung hindert.“*

Aus diesen Ausführungen sei zumindest nicht eindeutig zu entnehmen, in welchem Umfang eine selbständige Anfechtung derartiger Beschlüsse auch dem Grunde nach nach dem Willen des Gesetzgebers möglich sein sollte.

Insbesondere aber könnten die Gesetzesmaterialien erst dann zur Auslegung einer Gesetzesbestimmung herangezogen werden, wenn die Ausdrucksweise des Gesetzes selbst zweifelhaft sei (OLG Linz 2 R 135/05v mzwN, insb RIS-Justiz RS0008800, RS0008776, RS0008799). Davon könne im Falle des § 332 Abs 2 Satz 2 ZPO keine Rede sein.

Auch der OGH vertritt die Rechtsansicht, dass ein Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses auferlegt wird, nur hinsichtlich der Höhe und nur bei Überschreitung eines Betrages von € 4.000,- anfechtbar sei (vgl 4 Ob 297/00f).

Das Rekursgericht schließt sich der Rechtsansicht des OGH und des OLG Linz an und verweist dabei insbesondere auf die oben wiedergegebenen, in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätze zur Auslegung von Gesetzen, wonach bei einem dem Wortlaut nach eindeutigen Gesetzestext – wie hier – nicht auf die Gesetzesmaterialien zurückgegriffen werden kann.

Damit war der Rekurs der klagenden Partei, der sich ausdrücklich nicht gegen die Höhe, sondern nur dagegen richtet, dass der der Höhe nach unbekämpfte Kostenvorschuss von € 100.000,- nicht beiden Parteien zur Zahlung auferlegt worden sei, als unzulässig zurückzuweisen.

2. Zur Unzulässigkeit der Rekursbeantwortungen:

Gemäß § 521a ZPO ist die Zweiseitigkeit für Rekurse gegen nach Streitanhängigkeit ergangene Beschlüsse normiert, die nicht bloß verfahrensleitend sind. Bei Auferlegung eines Kostenvorschusses handelt es sich lediglich um einen der Beweisaufnahme vorgelagerten, verfahrensleitenden Beschluss, ebenso wie etwa ein Beschluss nach § 298 Abs 2 ZPO, der ebenfalls lediglich ein der Beweisaufnahme vorgelagerter, verfahrensleitender Beschluss ist (vgl RIS-Justiz RS0126770).

Auch in § 41 Abs 1 GebAG ist im Rekursverfahren eine Rekursbeantwortung nur gegen einen Beschluss, mit dem eine Sachverständigengebühr bestimmt wird, vorgesehen.

Die Rekursbeantwortungen der Beklagten und der Nebenintervenientin waren daher als unzulässig zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 40, 50 ZPO iVm § 41 GebAG. Gemäß § 41 Abs 3 letzter Satz GebAG findet im Gebührenbestimmungsverfahren kein Kostenersatz statt, auch nicht für Rekurse gegen den Auftrag eines Kostenvorschusses (OLG Wien 16 R 203/02v; 3 R 150/07b; 13 R 108/07b; *Obermaier*, Kostenhandbuch<sup>2</sup>, Rz 100).

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

4. **Der ohne Begründung erfolgte Auftrag an eine Partei zum Erlag eines Kostenvorschusses als Reaktion auf die Kostenwarnung des Sachverständigen ist ungeachtet seiner Begründungslosigkeit nichtichtig (§ 477 Abs 1 Z 9 ZPO).**
5. **Der Einwand der Beklagten, dass nur einer von den beiden Beklagten den Sachverständigenbeweis beantragt hat, entzieht sich nach der überwiegenden und auch vom erkennenden Senat geteilten Rechtsprechungslinie einer Überprüfung im Rekursverfahren (§ 365 ZPO).**

### OLG Wien vom 17. Oktober 2013, 2 R 182/13v

In der Tagsatzung vom 3. 9. 2012 beantragte eine der beiden beklagten Parteien die Einholung eines Sachverständigen-gutachtens zur Klärung des Werts der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft und der Marktüblichkeit darüber abgeschlossener Mietverträge, worauf ihr das Erstgericht den Erlag eines Kostenvorschusses von € 2.000,- auftrag. Die Erstbeklagte erlegte diesen Betrag am 28. 9. 2012. Mit Beschluss vom 27. 2. 2013 bestellte das Erstgericht N. N. zum Sachverständigen und betraute ihn mit der Erstellung von Befund und Gutachten zu den genannten Themen. Am 12. 3. 2013 gab dieser Sachverständige bekannt, er sei bereit, die ihm abverlangten Leistungen für Gebühren von pauschal € 30.000,- (inklusive 20 % Umsatzsteuer) zu erbringen, welche weit unter jenen Gebühren lägen, die er nach dem GebAG verrechnen könnte.

Daraufhin fasste das Erstgericht am 22. 3. 2013 den nunmehr angefochtenen Beschluss:

*„Den beklagten Parteien wird aufgetragen, binnen 14 Tagen einen weiteren Kostenvorschuss von € 30.000,00 bei diesem Gericht, PSK-Konto Nr. ... zu erlegen.*

*Wird der Vorschuss nicht rechtzeitig erlegt, so ist das Verfahren auf Antrag der Gegenseite ohne Rücksicht auf die ausstehende Beweisaufnahme fortzusetzen.“*

Gegen diesen Beschluss wenden sich die vorliegenden, getrennten Rekurse der Erstbeklagten und der Zweitbeklagten mit dem Antrag, die bekämpfte Entscheidung ersatzlos aufzuheben.

Die Rekurse sind teilweise berechtigt.

Die Argumentation der Beklagten, die bekämpfte Entscheidung sei wegen ihrer Begründungslosigkeit gemäß § 477 Abs 1 Z 9 ZPO nichtig, schlägt fehl, zumal dieser Beschluss – entgegen der Argumentation der Rekurswerberinnen – weder unter § 428 Abs 1 ZPO (mangels einer Entscheidung über widerstreitende Anträge und/oder Abweisung) noch unter § 39 Abs 3 GebAG (mangels einer Gebührenbestimmung oder Vorschussgewährung) fällt.

Im Übrigen lässt die Aktenlage keinen Zweifel daran, dass das Erstgericht mit dieser Entscheidung auf das Schreiben des Sachverständigen reagierte und beiden Beklagten gemeinsam einen Kostenvorschuss von insgesamt € 30.000,- auferlegen wollte. Dass nur eine Beklagte (nach dem übereinstimmenden Rekursvorbringen: die Erstbeklagte) diesen Sachverständigenbeweis beantragt hatte, entzieht sich nach der überwiegenden und auch vom erkennenden Senat geteilten Rechtsprechungslinie einer Überprüfung im Rekursverfahren (*Krammer in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> III § 365 ZPO Rz 30 mwN). Allerdings hat die Erstbeklagte von den notwendigen € 30.000,- bereits € 2.000,- beigebracht, weshalb der Erlagsauftrag in teilweiser Stattgebung der vorliegenden Rechtsmittel auf die verbleibenden € 28.000,- zu reduzieren ist. Darüber hinaus ist im Spruch der Verwendungszweck klarzustellen und zu verdeutlichen, dass der zuletzt genannte Betrag insgesamt nur einmal aufzubringen ist, wobei es den Beklagten freisteht, untereinander eine beliebige Aufteilung vorzunehmen.

Ein Kostenersatz findet gemäß § 41 Abs 3 letzter Satz GebAG (per analogiam) nicht statt (jüngst OLG Wien 2 R 113/13x, 2 R 115/13s mwN).

Der Revisionsrekurs ist gemäß § 528 Abs 2 Z 3 ZPO jedenfalls unzulässig (RIS-Justiz RS0044179).