

## **Kostenvorschuss für eine Gutachtensergänzung und Gutachtenserläuterung (§ 365 ZPO; § 35 Abs 2 GebAG)**

1. Über einen Rekurs gegen den Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses ist nicht nach § 8a JN durch einen Einzelrichter, sondern in Senatsbesetzung zu entscheiden.
2. Gemäß § 332 Abs 2 Satz 2 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.
3. Die Höhe des Kostenvorschusses hat dem voraussichtlichen Aufwand des Sachverständigenbeweises zu entsprechen, darf nicht geringer, soll aber auch nicht höher sein. Das Gericht hat bei Bestimmung der Höhe des Kostenvorschusses grundsätzlich keinen Spielraum. Die Höhe hat sich – mit Blick auf die Bestimmungen des GebAG – stets daran zu orientieren, welcher berechnete Gebührenanspruch zu erwarten ist. Erforderlichenfalls hat das Gericht darüber Ermittlungen anzustellen und

darf die Einschätzung des Sachverständigen über die Höhe nicht ungeprüft übernehmen.

4. **Dazu muss zunächst der genaue Umfang des Auftrages an den Sachverständigen festgelegt sein und die relevanten Fragestellungen an den Sachverständigen müssen erarbeitet werden. Dabei ist zu überlegen, welche Untersuchungen zur Beantwortung der Fragen an den Sachverständigen notwendig sind. Anhand dieser Parameter ist der Gutachtensaufwand einzuschätzen.**
5. **Aus § 35 Abs 2 GebAG ergibt sich zwingend, dass die Gutachtensergänzung im Regelfall entsprechend niedriger zu honorieren ist als das ursprüngliche Gutachten, weil der Sachverständige auf Vorarbeiten zurückgreifen kann.**
6. **Die im Gutachtensergänzungsauftrag aufgeworfenen Fragenkomplexe betreffen durchwegs Prämissen und Schlussfolgerungen, mit denen sich der Sachverständige bereits in seinem insgesamt mit € 2.124,- zu honorierenden Gutachten auseinandergesetzt hat und die anhand des ihm bekannten Akteninhalts beantwortet werden können. Wenn der Sachverständige für das ganze ursprüngliche Gutachten nur 12 Mühewaltungsstunden verzeichnet hat, ist nicht nachvollziehbar, warum für die Fragebeantwortung 31 bis 62 Stunden erforderlich sein sollen.**
7. **Unter Hinzurechnung eines bereits erlegten Vorschusses von € 500,- und Beachtung des Gebots des § 35 Abs 2 GebAG, dass die Mühewaltungsgebühr für ein Ergänzungsgutachten in einem entsprechend niedrigeren Verhältnis zur Gebühr für die Grundleistung zu bestimmen ist, erscheint es sachgerecht, den weiteren Kostenvorschuss mit € 1.500,- zu bemessen. Der für die Gutachtensergänzung insgesamt zur Verfügung gestellte Kostenvorschussbetrag von € 2.000,- entspricht etwa 95 % des Honorars für die Grundleistung.**
8. **Auch im Verfahren über den Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses für Sachverständigengebühren findet gemäß § 41 Abs 3 GebAG kein Kostenersatz statt.**

### **OLG Wien vom 23. Dezember 2013, 2 R 217/13s**

Vorzustellen ist, dass dem angefochtenen Beschluss keine Entscheidung über die Gebühren eines Sachverständigen oder Dolmetschers, sondern ein Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses zugrunde liegt, sodass über den Rekurs nicht nach § 8a JN durch einen Einzelrichter, sondern in Senatsbesetzung zu entscheiden ist (OLG Wien 15 R 169/12a; 13 R 191/12x; *Krammer*, SV 2012/1, 42 [Glosse zu OLG Wien 13 R 234/11v]).

Die Klägerin betreibt ein Unternehmen, welches unter anderem die Wartung und Sicherheitsüberprüfung von Tiefgaragen zum Gegenstand hat. Die Beklagte betreibt

zahlreiche Tiefgaragen im Raum Wien. Zwischen den Streitparteien wurde unstrittig am 20. 4. 2010 ein Instandhaltungsvertrag für sieben Tiefgaragen im 1., 6., 7., 9. und 15. Bezirk abgeschlossen. Nach der Darstellung der Klägerin soll der Instandhaltungsvertrag im Oktober 2010 auf eine weitere Tiefgarage im 10. Wiener Gemeindebezirk ausgedehnt worden sein.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 9. 5. 2011 ausgesprochene Kündigung rechtsunwirksam und der am 20. 4. 2010 abgeschlossene Instandhaltungsvertrag sowie der Vertrag über die Erweiterung des Instandhaltungsvertrages vom 5. 10. 2010 in vollem Umfang aufrecht sei. In eventu begehrt sie Zahlung von € 702.830,59 sA. Der mit einer Mindestlaufzeit von 10 Jahren abgeschlossene Vertrag könne nur dann vorzeitig aufgelöst werden, wenn der Auftragnehmer seine Pflichten trotz Mahnung und angemessener Nachfristsetzung gröblich verletze. Die Beklagte habe der Klägerin mit Schreiben vom 9. 5. 2011 mitgeteilt, dass sie den Instandhaltungsvertrag mit sofortiger Wirkung aufzulösen beabsichtige. Mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes sei die außerordentliche Kündigung vertrags- und rechtswidrig. Es bestehe daher ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung. Gemäß Vertragspunkt 5.3. sei die Klägerin bei vorzeitiger Vertragsauflösung berechtigt, 40 % des bis zum Ende der Vertragslaufzeit noch offenen Wartungsentgelts von € 702.830,59 sofort fällig zu stellen. Die Beklagte habe weder die vertragswidrige Kündigung zurückgenommen noch den nach Vertragspunkt 5.3. fälligen Betrag bezahlt.

Die Beklagte bestreitet, beantragt Klagsabweisung und wendete im Wesentlichen ein, die Erweiterung des Instandhaltungsvertrages sei zwar angeboten worden, aber letztlich nicht zustande gekommen. Vertragsgegenständlich sei unter anderem auch die Kontrolle und Wartung der Sicherheitsbeleuchtung-Zentralbatterieanlage laut ÖVE ÖNORM E 8002 bzw ÖVE ÖNORM EN 2 gewesen, wobei die Durchführung der Kontrollen laut geltender ÖNORM ausdrücklich bedungen worden sei.

Trotz mehrfacher Aufforderung sei die Klägerin nicht zur Erfüllung dieser Verpflichtung bereit, sondern stehe auf dem Standpunkt, diese sei nicht vertragsgegenständlich. Trotz neuerlicher Urgenz und Nachfristsetzung bis 24. 2. 2011 habe die Klägerin erklärt, die Bezug habenden Bestimmungen der ÖNORM seien ihr „egal“. Diese grobe Vertragsverletzung berechtige die Beklagte zur vorzeitigen Vertragsauflösung gemäß Punkt 5.5. des Instandhaltungsvertrages.

In ihrem vorbereitenden Schriftsatz vom 10. 11. 2011 wendete die Beklagte überdies ein, der Vertrag vom 20. 4. 2010 sei wegen kollusiven Zusammenwirkens des Geschäftsführers der Klägerin mit dem früheren Geschäftsführer der Beklagten nichtig bzw anfechtbar, wobei im Falle der Anfechtbarkeit hiermit die rückwirkende Vertragsaufhebung begehrt werde. Die Beklagte sei durch den gegenständlichen Vertrag ungewöhnlich und ohne sachliches Bedürf-

nis benachteiligt worden, was der Klägerin bekannt oder zumindest erkennbar gewesen sei.

Der Geschäftsführer der Klägerin habe mit der Beklagten einen diese offensichtlich gröblich benachteiligenden Vertrag abgeschlossen. Damit liege ein klassischer Fall eines kollusiven Zusammenwirkens der beiden Geschäftsführer vor. Im Zusammenhang mit diesem Vorbringen beantragte die Beklagte die Einholung eines Sachverständigengutachtens.

Die Klägerin bestreitet dies und nimmt den Standpunkt ein, die Verträge seien zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossen worden.

Nach Erlassung des der Beklagten aufgetragenen Kostenvorschusses von € 2.000,- bestellte das Erstgericht Dipl.-Ing. N. N. zum Sachverständigen mit dem Auftrag, „nach Aktenstudium Befund und Gutachten im Sinne des Vorbringens/ Prozessprogramms zu erstatten, im Besonderen darüber, ob die von der Klägerin angebotenen Leistungen im Vertrag laut Leistungsverzeichnis bezogen auf den Zeitpunkt der Angebotsstellung angemessen angeboten wurden. Es möge dabei auch auf die nunmehr getätigte Ausschreibung und auf die zwischenzeitliche Preisentwicklung Bezug genommen werden.“

Am 2. 5. 2013 legte der Sachverständige Dipl.-Ing. N. N. dem Erstgericht das aufgetragene Gutachten vor und verzeichnete dafür Gebühren von € 2.124,-.

Mit Beschluss vom 7. 5. 2013 übermittelte das Erstgericht den Beteiligten das Sachverständigengutachten samt Anschluss der Gebührennote zur Äußerung. Ferner ersuchte es die Beklagte um Ergänzung des erlegten Kostenvorschusses um € 124,- und trug den Parteien für den Fall, dass sie die Ladung des Sachverständigen zur nächsten Tagsatzung bzw. eine schriftliche Gutachtensergänzung beantragen, den Erlass eines weiteren Kostenvorschusses von € 500,- auf.

Mit Schriftsatz vom 16. 5. 2013 beantragte die Klägerin die Ladung des Sachverständigen zur nächsten Tagsatzung zwecks Aufklärung und Erläuterung des Gutachtens.

Mit Schriftsatz vom 10. 6. 2013 stellte auch die Beklagte den Antrag auf Gutachtensergänzung bzw. -erörterung im Sinne der von ihr formulierten Fragen.

Nach Erlassung des aufgetragenen ergänzenden Kostenvorschusses von € 624,- durch die Beklagte erteilte das Erstgericht dem Sachverständigen Dipl.-Ing. N. N. mit Beschluss vom 11. 7. 2013 Auftrag, „nach Aktenstudium Befund und ein ergänzendes Gutachten im Sinne des Vorbringens der Parteien zu erstatten, wobei auf Rechtsfragen nicht eingegangen werden soll.“

Mit Schreiben vom 13. 8. 2013 teilte der Sachverständige Dipl.-Ing. N. N. dem Erstgericht mit, dass im Schriftsatz der Beklagten insgesamt 31 von ihm zu beantwortende Fragen enthalten seien. Bei vorsichtiger Schätzung benötige er für

die Beantwortung jeder einzelnen Frage ein bis zwei Stunden. Da dies bei einem Nettostundensatz von € 135,- zu einem Kostenaufwand von € 4.185,- bis € 8.370,- zuzüglich Nebenkosten führe, könne mit dem von der Beklagten erlegten Kostenvorschuss von € 500,- nicht das Auslangen gefunden werden.

Aufgrund dieses Schreibens trug das Erstgericht der Beklagten mit Beschluss vom 20. 8. 2013 den Erlass eines ergänzenden Kostenvorschusses von € 7.870,- binnen 14 Tagen auf.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, diesen ersatzlos aufzuheben und dem Erstgericht nach Verfahrensergänzung eine neuerliche Entscheidung aufzutragen, hilfsweise den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass der ihr aufgetragene Kostenvorschuss auf € 1.120,- reduziert werde.

Die Klägerin hat keine Rekursbeantwortung erstattet.

Der Rekurs ist teilweise berechtigt.

Die Rekurswerberin releviert, sie habe bereits in ihrer Äußerung vom 24. 5. 2013 vorgebracht, dass das erstattete Gutachten in wesentlichen Teilen im Widerspruch zum Akteninhalt stehe und im Übrigen nicht schlüssig und nachvollziehbar sei. Dementsprechend habe sie dazu eine Reihe konkreter Fragen an den Sachverständigen gerichtet und lediglich in marginalen Punkten neues Vorbringen erstattet. Die an den Sachverständigen gerichteten Fragen dienten zum weitaus überwiegenden Teil der Aufklärung von offenkundigen Ungereimtheiten und Unschlüssigkeiten im Gutachten. Wäre der Sachverständige seinem Auftrag bereits ursprünglich ordnungsgemäß nachgekommen, wären diese weiteren Fragen gar nicht notwendig geworden. Für die Beantwortung dieser Fragen stehe dem Sachverständigen daher keinesfalls ein gesonderter Gebührenanspruch zu. Die Beantwortung jener Fragen, welche neu hervorgekommene Umstände beträfen, könne – auch in Relation zu den Kosten des ursprünglichen Gutachtens – keinesfalls einen Gebührenaufwand von € 7.870,- verursachen. Vielmehr seien hierfür insgesamt maximal 10 Arbeitsstunden erforderlich, sodass lediglich ein ergänzender Kostenvorschuss von € 1.350,- netto angemessen sei.

Dazu ist auszuführen:

Gemäß § 332 Abs 2 Satz 2 ZPO (iVm § 365 Satz 2 ZPO) ist der Beschluss, mit dem der Erlass 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. Da im vorliegenden Fall die Anfechtungsgrenze deutlich überschritten ist, ist der Rekurs zulässig. Dieser richtet sich ausschließlich gegen die Höhe des auferlegten weiteren Kostenvorschusses.

ses. Fragen der Berechtigung dem Grunde nach werden zutreffend nicht aufgeworfen.

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*<sup>2</sup> III § 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 (*Krammer*, aaO, § 365 ZPO Rz 24; OLG Wien 2 R 46/09p; 8 Ra 38/09f). 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).

Gemäß § 35 Abs 2 GebAG hat der Sachverständige, der sein schriftliches Gutachten ergänzt, Anspruch auf eine weitere Gebühr für Mühewaltung; sie ist in einem je nach der aufgewendeten Zeit und Mühe entsprechend niedrigeren Verhältnis zur Gebühr für die Grundleistung nach richterlichem Ermessen zu bestimmen. Aus der Vorschrift ergibt sich zwingend, dass die Gutachtensergänzung im Regelfall entsprechend niedriger zu honorieren ist als das ursprüngliche Gutachten, weil der Sachverständige auf Vorarbeiten zurückgreifen kann (*Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG<sup>3</sup>, § 35 GebAG E 34 ff; RIS-Justiz RS0110395).

Im vorliegenden Fall hat der Sachverständige für das ursprüngliche Gutachten Gebühren in Höhe von € 2.124,- verzeichnet. Die im Gutachtensergänzungsantrag der Beklagten aufgeworfenen Fragenkomplexe betreffen durch-

wegs – von der Beklagten teils in Frage gestellte – Prämissen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen, mit denen sich dieser bereits in seinem Gutachten auseinandergesetzt hat und die anhand des ihm bekannten Akteninhalts beantwortet werden können. Abgesehen davon, dass der Gutachtenserörterungsantrag der Beklagten nicht 31 vom Sachverständigen zu beantwortende Fragen enthält, ist auch nicht nachvollziehbar, warum dieser für die Beantwortung jeder einzelnen Frage ein bis zwei Stunden benötigen sollte und daher insgesamt ein Zeitaufwand von 31 bis 62 Stunden erforderlich sein sollte, hat der Sachverständige doch für das gesamte ursprüngliche Gutachten nur Mühewaltungsgebühr für einen Zeitaufwand von 12 Stunden verzeichnet.

Davon ausgehend erweist sich der vom Erstgericht aufgetragene weitere Kostenvorschuss von € 7.870,- als weit überhöht, weil er unter Hinzurechnung des bereits erlegten Vorschusses von € 500,- beinahe dem Vierfachen des Honorars für das Gutachten selbst entspricht. Wie schon erörtert wurde, ist nach § 35 Abs 2 GebAG bei der Gutachtensergänzung die Mühewaltungsgebühr in einem entsprechend niedrigeren Verhältnis zur Gebühr für die Grundleistung zu bestimmen, da auf diverse Vorarbeiten zurückgegriffen werden kann.

Im Hinblick auf den Inhalt des Ergänzungsantrags der Beklagten, der teils nicht vom Sachverständigen zu beantwortende Rechtsfragen enthält und sich im Übrigen auf einige wesentliche Punkte zusammenfassen lässt, erscheint es daher sachgerecht, den weiteren Kostenvorschuss mit lediglich € 1.500,- zu bemessen; ein Honorar in dieser Höhe hält sich im Rahmen des zu Erwartenden. Ein solcher Vorschuss, der unter Hinzurechnung des bereits erlegten Vorschusses etwa 95 % des Honorars für die Grundleistung entspricht, ist selbst dann als angemessen zu erachten, wenn sich das Gutachten wegen Zugrundelegung teils unrichtiger Annahmen teilweise als unrichtig bzw unbrauchbar erweisen sollte und deshalb die Gutachtensergänzung in einem größeren Umfang erforderlich sein sollte.

Dem Rekurs war daher im aufgezeigten Sinn Folge zu geben.

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 Sachverständigengebührenvorschusses (*Klauser/Kodek*, ZPO<sup>16</sup> [2006] § 528 E 143; OLG Wien 16 R 203/02v; 2 R 29/09p).

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses beruht auf § 528 Abs 2 Z 5 ZPO (RIS-Justiz RS0044179).