

Ablehnungsverfahren betreffend den Gerichts- sachverständigen ist ein Zwischenstreit – Kosten- ersatz zwischen den Parteien unabhängig vom Ausgang des Hauptverfahrens (§ 41 ZPO)

1. Die im Zusammenhang mit der Ablehnung eines Entscheidungsorgans entwickelte Judikaturlinie, dass ein Kostenersatz generell ausgeschlossen sei, ist überholt. Das Ablehnungsverfahren stellt unter Bejahung der Zweiseitigkeit des Verfahrens einen Zwischenstreit dar, über dessen Kosten nach den Regeln des Ausgangsverfahrens unabhängig von dessen Ausgang zu entscheiden ist.
2. Der vom Gericht aufgetragene Äußerungsschriftsatz der Klägerin zum Antrag der Beklagten auf Ablehnung des Gerichtssachverständigen war demnach nach TP 3 zu honorieren, weil das Erstgericht in seinem Beschluss, mit dem der Ableh-

nungsantrag des Beklagten verworfen wurde, die Einwendungen der Klägerin zumindest schlüssig mitberücksichtigt hat.

3. Jede Prozesspartei ist berechtigt, innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist die Gutachtenserörterung zu beantragen, und zwar unabhängig davon, ob der Prozessgegner schon früher die Gutachtenserörterung beantragt hat. Dieser Schriftsatz war nach TP 1 zu entlohnen.

OLG Innsbruck vom 28. Mai 2014, 10 R 39/14g

1.1. Mit der am 30. 11. 2011 eingebrachten Klage machte die Klägerin den Betrag von € 17.643,54 sA als restliches Entgelt für diverse Lieferungen der Chemikalie Methyl-ethylketon (MEK) geltend.

1.2. Die Beklagte bestritt, beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und wendete im Wesentlichen ein, dass die gelieferte Chemikalie verunreinigt gewesen sei. Durch den kurzfristigen Ankauf von wesentlich teureren Ersatzlieferungen und durch die Tankreinigung seien insgesamt Kosten von € 17.542,04 entstanden. Dieser Aufwand werde compensando einer allenfalls zu Recht bestehenden Klagsforderung gegenübergestellt.

2. Mit seiner Entscheidung vom 20. 3. 2014 erkannte das Erstgericht in einem mehrgliedrigen Spruch die Klagsforderung mit € 17.643,54 als zu Recht bestehend, hingegen die Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin den Betrag von € 17.643,54 samt Staffelnzinsen zu zahlen sowie die mit € 7.483,80 bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu ersetzen.

Das Erstgericht stützte die nur im Kostenpunkt angefochtene Entscheidung auf die §§ 41 und 54 Abs 1a ZPO und begründete die verschiedenen Abstriche im Kostenverzeichnis der Klägerin zusammengefasst wie folgt:

Die Äußerung der Klägerin vom 14. 12. 2012 sei nicht zu honorieren, weil im Ablehnungsverfahren keine Kostenersatzpflicht bestehe. Der Schriftsatz der Klägerin vom 19. 6. 2013 sei zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig gewesen, weil die Ladung des Sachverständigen schon von der Beklagten mit Schriftsatz vom 17. 6. 2013 beantragt worden sei. Die Klägerin habe davon gemäß § 112 ZPO Kenntnis erlangt. Schließlich stehe für das Beweisangebot der Klägerin vom 29. 1. 2014 kein Kostenersatz zu, weil dieses verspätet eingebracht und aus diesem Grund auch zurückgewiesen worden sei. Das Beweisangebot hätte mit einem früheren Schriftsatz verbunden werden können.

3. Die Klägerin bekämpft diese Kostenentscheidung mit einem rechtzeitig erstatteten, auf den Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung gestützten Rekurs, der in den (erkennbaren) Antrag mündet, die erstgerichtliche Kostenentscheidung im Sinne eines Mehrzuspruchs von € 829,44 abzuändern. Ein Kostenantrag wird gestellt.

Die Beklagte bestreitet in ihrer ebenfalls fristgerecht eingebrachten Rekursbeantwortung das Vorliegen des geltend

gemachten Rechtsmittelgrundes und beantragt, dem Rekurs kostenpflichtig keine Folge zu geben.

4. Der Rekurs ist berechtigt.

4.1. Die Rekurswerberin bringt vor, das Erstgericht habe ihr den Schriftsatz der Beklagten vom 29. 11. 2012, in dem diese umfangreich in der Sache selbst vorgebracht und schließlich daraus eine Ablehnungserklärung gegen den bestellten Sachverständigen abgeleitet habe, zur allfälligen Äußerung binnen 14 Tagen zugestellt. Die Klägerin habe mit ihrem Schriftsatz vom 14. 12. 2012 in der Sache selbst vorgebracht. Selbst wenn es sich im Sinne der Rechtsauffassung des Erstgerichts bei diesen beiden Schriftsätzen um einen Zwischenstreit handle, der nicht gesondert zu entlohnen sei, beinhalte der Schriftsatz der Klägerin dennoch ein umfangreiches Vorbringen zur Sache selbst und sei zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen. Der Schriftsatz sei daher wie beantragt mit € 747,- zu entlohnen.

Das Erstgericht habe den Parteien am 5. 6. 2013 aufgetragen, binnen 14 Tagen mitzuteilen, ob die Ladung des Sachverständigen zur nächsten Verhandlung beantragt werde. Es sei zwar richtig, dass die Beklagte die Ladung des Sachverständigen am 17. 6. 2013 beantragt habe und eine Gleichschritt dieses Antrags der Beklagten im Zuge der Direktzustellung der Klägerin zugegangen sei. Da die Direktzustellung jedoch nicht per ERV erfolgt sei, sei nicht nachvollziehbar, wann der Antrag der Beklagten bei der Klägerin eingelangt sei. Es sei davon auszugehen, dass er erst nach dem 17. 6. 2013 zugegangen sei. Der Schriftsatz der Klägerin vom 19. 6. 2013 sei daher wie beantragt nach TP 1 mit insgesamt € 82,44 zu entlohnen.

4.2. Dazu hat der Senat erwogen:

4.2.1. Zum Schriftsatz vom 14. 12. 2012:

Die im Zusammenhang mit der Ablehnung eines Entscheidungsorgans entwickelte Judikaturlinie, dass ein Kostenersatz generell ausgeschlossen sei (RIS-Justiz RS0035778; *Obermaier*, Kostenhandbuch² [2010] Rz 98), ist überholt. Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 18. 1. 2011, 4 Ob 143/10y, klargestellt, dass unter Bejahung der Zweiseitigkeit des Verfahrens das Ablehnungsverfahren ebenso wie etwa ein Verfahren über eine Unzuständigkeitseinrede (RIS-Justiz RS0035955 [insbesondere T3, T4, T8]) einen Zwischenstreit darstellt, über dessen Kosten nach den Regeln des Ausgangsverfahrens unabhängig von dessen Ausgang zu entscheiden ist (vgl auch 7 Nc 19/13y).

Entgegen der Ansicht des Erstgerichts ist daher der Schriftsatz der Klägerin vom 14. 12. 2012 antragsgemäß mit € 747,- zu honorieren. Abgesehen davon, dass diese Äußerung vom Erstgericht auch aufgetragen war und die Klägerin damit inhaltlich auf den Ablehnungsantrag der Beklagten konkret einging, wurde sie vom Erstgericht in seinem Beschluss vom 21. 12. 2012, 7 Cg 181/11d-25, mit dem der Ablehnungsantrag verworfen wurde – der Beschluss unterstellte allerdings die Einwendungen gegen den Sachverständigen sinnstörend der Klägerin –, zumin-

dest schlüssig mitberücksichtigt. Eine Entlohnung nach TP 3 ist gerechtfertigt.

4.2.2. Zum Schriftsatz vom 19. 6. 2013:

Das Erstgericht verfügte am 5. 6. 2013 die Zustellung des ergänzenden Gutachtens des Sachverständigen DI Dr. N. N. und setzte die Aufforderung an die Parteien bei, „binnen 14 Tagen mitzuteilen, ob a) die mündliche Erörterung des Gutachtens beantragt wird; erfolgt keine Äußerung, wird angenommen, dass die Partei auf eine mündliche Erörterung des Gutachtens verzichtet.“

Unabhängig davon, wann der am 17. 6. 2013 elektronisch eingebrachte Antrag der Beklagten auf Gutachtenserörterung gemäß § 112 ZPO an den Klagsvertreter zugesellt wurde, war der Klagsvertreter seinerseits berechtigt, die Gutachtenserörterung mit Schriftsatz vom 19. 6. 2013 – sohin rechtzeitig innerhalb der gesetzten Frist – zu beantragen, um im Rahmen der mündlichen Streitverhandlung selbst Fragen an den Sachverständigen richten zu können. Davon hat er auch tatsächlich Gebrauch gemacht (siehe Protokoll vom 2. 10. 2013). Daher ist auch dieser Schriftsatz mit € 82,44 zu entlohnen.

4.3. Zusammenfassend ergibt sich in Stattgebung des Rekurses folgender Mehrzuspruch:

| | |
|------------------------------------|----------|
| Schriftsatz vom 14. 12. 2012, TP 3 | € 413,80 |
| 50 % Einheitssatz | € 206,90 |
| § 23a RATG | € 1,80 |
| Schriftsatz vom 19. 6. 2013, TP 1 | € 44,60 |
| 50 % Einheitssatz | € 22,30 |
| § 23a RATG | € 1,80 |
| ergibt | € 691,20 |
| 20 % Umsatzsteuer | € 138,24 |
| Gesamtsumme | € 829,44 |

Damit erhöht sich der Kostenersatzanspruch der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren auf insgesamt € 8.299,24 (Umsatzsteuer € 1.271,04 und Barauslagen € 673,-).

5. Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens beruht auf den §§ 50, 41 ZPO.

6. Der Rechtsmittelausschluss gründet auf § 528 Abs 2 Z 3 ZPO.

Anmerkung:

1. Die dieser Entscheidung zugrunde liegende Annahme, dass bei einem **Ablehnungsantrag** einer Partei **gegen einen vom Gericht bestellten Sachverständigen**, dem die andere Partei entgegentreit, **ein im Kostenersatzrecht getrennt zu sehender Zwischenstreit** vorliegt, kann ich trotz einiger Bedenken noch nachvollziehen (vgl die Rechtssätze 1 und 2). Dem Rechtssatz 3 stimme ich voll zu.

2. Die von einigen **Gerichtssachverständigen** aus der Beurteilung eines Ablehnungsverfahrens als **Zwischenstreit** abgeleitete **Konsequenz**, dass **auch die von ihnen zumeist abgeforderte Äußerung zum Ablehnungs-**

grund zu honorieren sei, halte ich für völlig verfehlt. Der Gerichtssachverständige ist nicht Partei des „Ausgangsverfahrens“, er steht nur in einer verfahrensrechtlichen Beziehung zum bestellenden Gericht, sein Entgeltanspruch ist grundlegend in **§§ 24 und 25 GebAG** geregelt, zur verfahrensrechtliche Kostenseite ordnet **§ 41 Abs 3 letzter Satz GebAG** an, dass **ein Kostenersatz nicht stattfindet.**

3. Auch eine Änderung des GebAG im Sinne einer ausdrücklichen Bestimmung, die eine Vergütung für den oft durchaus beträchtlichen Aufwand für die Abfassung einer aufgetragenen Äußerung zu einem Ablehnungsantrag

vorsieht, halte ich nicht für sach- und systemgerecht. Die Auswahl und schließlich die Bestellung eines Sachverständigen für ein konkretes Gerichtsverfahren gehört – **ähnlich wie die nicht zu ersetzenden Fixkosten (Infrastrukturkosten) des § 31 Abs 1 GebAG** – zur **Sphäre des „Unternehmens Gerichtssachverständiger“.** Eine Überwälzung des Äußerungsaufwandes – an den Staat (Amtsgelder) oder die Verfahrensparteien? –, die jedenfalls nur im Wege einer Gesetzesänderung angeordnet werden könnte, wäre meines Erachtens **systemfremd.**

Harald Krammer