
Entscheidungen und Erkenntnisse

bearbeitet von Dr. Harald Krammer, Präsident des Oberlandesgerichtes Wien i.R.

Zum Antrag auf Umbestellung eines Gerichtssachverständigen nach dessen Kostenwarnung im Hinblick auf den aufgetragenen Kostenvorschuss (§ 365 ZPO)

1. Der Beschluss, mit dem der Antrag auf Bestellung eines anderen Sachverständigen abgelehnt wird, kann ebenso wie die Verwerfung der Ablehnung eines Sachverständigen nicht abgesondert angefochten werden. Die abgesonderte Anfechtbarkeit des Kostenvorschussbeschlusses – jenseits der Anfechtungsgrenze von € 4.000,- – nach § 332 Abs 2 ZPO ermöglicht jedoch, einen gleichzeitigen Beschluss, mit dem die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen wurde, anzufechten. Das gilt auch für eine verweigerte Umbestellung des Sachverständigen.
2. Da die Entscheidung über den Erlag eines Kostenvorschusses eine Kostenentscheidung ist, hat sie in Senatsbesetzung zu ergehen.
3. Der Grundsatz, dass das Gericht nicht einmal in der Hauptsache verpflichtet ist, allfällige Widersprüche zwischen einem Privatgutachten und einem Gerichtsgutachten aufzuklären, und sich vielmehr ohne weitere Erhebungen dem ihm als verlässlich erscheinenden Gerichtsgutachten anschließen kann, ist auch für die schlüssige und nachvollziehbare Kostenschätzung eines gerichtlich bestellten Sachverständigen im Zuge der Erfüllung der Warnpflicht anzuwenden. Das Begehren auf Umbestellung des Gerichtssachverständigen kann nicht erfolgreich mit dem von ihm geschätzten Kostenaufwand begründet werden. Das Gericht ist nicht verpflichtet, die zwischen dem von einer Partei außergerichtlich beigezogenen und dem gerichtlich bestellten Sachverständigen aufgetretenen Widersprüche bei der Einschätzung der zu erwartenden Kostenbelastung noch weiter aufzuklären.
4. Auf den Zertifizierungsumfang des bestellten Gerichtssachverständigen kommt es nicht an, weil zum Sachverständigen jede Person bestellt werden kann, die eine besondere Fachkunde besitzt, wie immer sie diese Kenntnisse erworben haben mag. Die Eintragung in die Sachverständigenliste hat nur „Indizwirkung“, dass der Sachverständige gerade auf diesem Fachgebiet eine besondere Fachkunde aufweist. Eine Verpflichtung des Gerichts, nur solche Personen heranzuziehen, die zur Erstattung von Gutachten auf einem bestimmten Fachgebiet öffentlich bestellt sind, besteht nicht. Die Anzahl der zu der in Frage stehenden Problematik bisher erstatteten Gutachten stellt nicht zwingend einen Qualitätsausweis dar.
5. Der Vorwurf einer mangelhaften Begründung geht ins Leere, wenn das Gericht der Informationsquelle „Wikipedia“ keinen wissenschaftlichen Wert beigegeben hat.
6. Auch wenn für eine Kostenschätzung eine Aufschlüsselung gefordert werden kann, ist nicht die gleiche Genauigkeit wie bei der endgültigen Bestimmung der Gebühren zu fordern.
7. Die Beklagte ist im Zwischenstreit über ihren Antrag auf Umbestellung des Sachverständigen und über die Höhe des ihr aufgetragenen Kostenvorschusses unterlegen und hat daher der Klägerin die Kosten ihrer Rekursbeantwortung zu ersetzen.

OLG Innsbruck vom 15. Juni 2015, 3 R 48/15f

Die in Istanbul ansässige Klägerin war in der Vergangenheit mit der Herstellung von Plastiktragetaschen befasst, die in Tirol ansässige Beklagte mit deren Handel. Aufgrund eines Kaufvertrages (oder mehrerer solcher Abreden) lieferte die Klägerin im Jahr 2011 der Beklagten mehrere Millionen Plastiktragetaschen um € 603.776,54 in Gestalt eines Streckengeschäfts der Form, dass die Taschen von der Klägerin direkt an ein Unternehmen in Dänemark übersandt wurden, das seinerseits zumindest zum Großteil diese Ware an den Einzelhandel weiterveräußert hat. Aufgrund eines Kaufvertrages (oder mehrerer solcher Abreden) zwischen diesem Unternehmen und der Beklagten hat Ersteres Zweiterer rund € 830.000,- für die Plastiktragetaschen bezahlt. Für weitere im Jahr 2011 von der Klägerin gelieferte Taschen hat die Beklagte insgesamt € 196.213,88 beglichen. In diesen Grundzügen ist der Sachverhalt unstrittig; in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung am 27. 2. 2013 bestimmten die Parteien des Verfahrens nach Erörterung des vorliegenden Auslandsbezugs und des UN-Kaufrechts, dass „österreichisches Recht“ auf den vorliegenden Rechtsstreit anzuwenden sei.

Nach Abzug von insgesamt € 62.755,12 für von der Beklagten beanstandete Lieferungen, für die die Klägerin zwischen dem 28. 6. und dem 7. 9. 2011 mit 15 Fakturen € 603.776,54 in Rechnung gestellt hatte, strebt diese die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des Differenzbe-

trages von € 541.021,42 aus dem Titel des Kaufvertrages und von weiteren € 2.471,45 für behauptete Aufwendungen aufgrund (unberechtigter) Mängelbeanstandungen der Beklagten, insgesamt somit von € 543.492,87 sA an und bestreitet das Vorliegen von Mängeln sowie einer rechtzeitigen Mängelrüge.

Die Beklagte hält dem zunächst rechtzeitige Beanstandungen der gelieferten Ware und – soweit für das Verständnis dieser Entscheidung relevant – deren Mangelhaftigkeit entgegen; abgesehen von drucktechnischen Mängeln hätten die Plastiktragetaschen nicht über die erforderliche Halt- und Belastbarkeit verfügt und seien daher bei Gebrauch gerissen bzw durchgebrochen. Um sich erhebliche Rohstoffkosten zu ersparen, habe die Klägerin bei der Produktion der Plastiktragetaschen eine im Vergleich zum üblichen und zulässigen Standard dreimal so hohe Menge an Füllstoff (Karbonat) verwendet, welche Vorgangsweise die wesentliche Ursache für die mangelnde Belastbarkeit der Taschen darstelle. Insgesamt hätten diese eine „indiskutable Qualität“ aufgewiesen. Deren Griffe seien zusammengeklebt gewesen, sodass die Taschen schon beim Öffnen eingerissen seien.

Zum Beweis der Richtigkeit ihrer Behauptungen bot die Beklagte in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung am 7. 5. 2013 die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Bereich der „Tragetaschen“ an, worauf nach Einsichtnahme in die Sachverständigenlisten im Einvernehmen mit den Streitteilen Mag. Dr. N. N. zum Sachverständigen bestellt und der Beklagten der Erlag eines Kostenvorschusses in Höhe von € 3.000,- zur Deckung der voraussichtlichen Gebühren des Sachverständigen aufgetragen wurde. Nach Einlangen dieses Betrages erteilte das Erstgericht dem bestellten Sachverständigen unter anderem den Auftrag, zu klären, ob die Tragetaschen die bedungenen und im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufgewiesen hätten.

Nach Durchführung eines (wie von der Beklagten zugestanden) nahezu ganztägigen Lokalaugenscheins mit dem Sachverständigen vor Ort am Sitz der Beklagten wies der Sachverständige auf zu erwartende Kosten von insgesamt netto € 38.000,- hin. Am 8. 7. 2014 fand vor Ort im Beisein des Sachverständigen eine nahezu drei Stunden währende Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung statt, im Rahmen derer unter anderem die Frage der Kosten für die Gutachtenserstellung erörtert wurde, worauf der Sachverständige seine Kostenwarnung wiederholte und die Beklagte unter Hinweis darauf, der von ihr außergerichtlich befasste Sachverständige habe für dessen Gutachtenserstattung lediglich € 2.880,- in Rechnung gestellt, gegen die Höhe der in Aussicht genommenen Kosten remonstrierte. Über Aufforderung des Erstgerichts schlüsselte der Sachverständige im Weiteren die prognostizierten Kosten auf. Hierbei verwies er auf den von der Klägerin unter anderem schon in der Klage erhobenen Einwand, bislang zur Beurteilung der Mangelhaftigkeit der Tragetaschen herangezogene Stichproben seien nicht aussagekräftig, sodass be-

absichtigt sei, etwa 1.000 (von mehr als 10 Mio gelieferten) Taschen einer Prüfung zu unterziehen.

Unter Vorlage einer Stellungnahme des von ihr außergerichtlich beigezogenen Sachverständigen, die voraussichtliche Kosten von rund € 5.000,- für die Prüfung von rund 500 Taschen ausweist, beantragt die Beklagte mit dem am 1. 10. 2014 beim Erstgericht eingelangten Schriftsatz, gemäß § 351 Abs 2 ZPO einen anderen Sachverständigen zu bestellen, und begründet dies im Wesentlichen mit dem Argument, die Höhe der vom bestellten Sachverständigen veranschlagten Gebühren sei nicht nachvollziehbar; teils beabsichtige dieser einzelne unnötige Prüfschritte, jedenfalls sei es nicht erforderlich, so viele Taschen wie von ihm ins Auge gefasst zu prüfen; insbesondere sei es nicht notwendig, 1.000 Tragetaschen Belastungsversuchen zu unterziehen, sondern es würden hierfür „mehrere“ Stücke genügen. Die Kostenschätzung des bestellten Sachverständigen resultiere offenkundig aus fehlenden Kenntnissen und einschlägigen Erfahrungen für die Überprüfungen von Tragetaschen wie hier gegenständlich.

Die Klägerin spricht sich in ihrer Stellungnahme vom 3. 2. 2015 gegen den Antrag der Beklagten aus.

In der ihm gerichtlich aufgetragenen, detaillierten, vierseitigen Äußerung verweist der bestellte Sachverständige zunächst auf den Gutachtensauftrag, der eine Einschränkung auf bestimmte bedungene Eigenschaften nicht enthält, und erklärt eine Reduktion der Prüfmenge auf rund 500 Taschen für den Fall vorstellbar, dass sich herausstellt, dass die einzelnen erzielten Messwerte nur eine geringfügige Schwankungsbreite ausweisen. Unter dieser Prämisse sei insgesamt mit Kosten in Höhe von – im Einzelnen aufgeschlüsselt – rund netto € 18.000,- für die Gutachtenserstellung zu rechnen.

Unter Vorlage einer neuerlichen Stellungnahme des von ihr außergerichtlich befassten Sachverständigen, die voraussichtliche Gebühren in Höhe von € 6.000,- für die Gutachtenserstellung ausweist und unter anderem Belastungstests von 40 Taschen für ausreichend erachtet, hält die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 16. 3. 2015 insbesondere unter Hinweis auf die vom bestellten Sachverständigen vorgenommene Kostenreduktion ihr Umbestellungsbegehren aufrecht.

Mit Beschluss vom 7. 5. 2015 wies das Erstgericht diesen Antrag ab und trug der Beklagten den Erlag eines weiteren Kostenvorschusses für die voraussichtlichen Gebühren des bestellten Sachverständigen in Höhe von € 16.000,- auf. Hierbei verneinte es das Vorliegen der Voraussetzungen für die Umbestellung des Sachverständigen und erachtete dessen Kostenschätzung als nachvollziehbar, sodass der Beklagten (als Beweisführerin) unter Berücksichtigung des von ihr schon erlegten Betrages nach § 365 ZPO der Auftrag zu erteilen sei, einen weiteren Kostenvorschuss in Höhe von € 16.000,- zu erlegen.

Gegen beide Teile dieser Entscheidung richtet sich der rechtzeitige Rekurs der Beklagten aus den Rechtsmittelgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der un-

richtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, einen anderen Sachverständigen zu bestellen, in eventu, ihr in teilweiser Abänderung des angefochtenen Beschlusses den Erlag eines weiteren Kostenvorschusses von „maximal“ € 7.500,- aufzuerlegen.

Die Klägerin beantragt in ihrer rechtzeitigen Rekursbeantwortung, dem Rechtsmittel der Gegenseite den Erfolg zu versagen.

Der Rekurs ist aufgrund nachstehender Erwägungen in beiden Punkten unbegründet:

1. Da die Rekurswerberin im Wesentlichen mit den Stellungnahmen des von ihr außergerichtlich befassten Sachverständigen argumentiert, ist einleitend darauf hinzuweisen, dass das Gericht nicht einmal in der Sache selbst verpflichtet ist, allfällige Widersprüche zwischen einem Privatgutachten, selbst wenn dieser Gutachter generell gerichtlich beeidet ist, und dem Gutachten eines vom Gericht zur Erstattung eines Gutachtens in einer bestimmten Rechtssache herangezogenen Sachverständigen aufzuklären. Es kann sich vielmehr ohne weitere Erhebungen dem ihm als verlässlich erscheinenden Gutachten anschließen (RIS-Justiz RS0040592). Privatgutachten sind auch in der Sache selbst lediglich Privaturkunden, die Beweis machen, dass ihr Inhalt der Ansicht des jeweiligen Gutachtenverfassers entspricht (RIS-Justiz RS0040363). Es bedarf keiner ausufernden Erörterung, dass diese für die Sachentscheidung geltenden Grundsätze auch auf eine – wie noch eingehender zu behandeln (Punkte 2.3.1. und 3.2. unten) – schlüssige und nachvollziehbare Kostenschätzung eines bestellten Sachverständigen anzuwenden sind, sodass dem Rechtsmittel schon aus diesem Blickwinkel im Kostenpunkt ein Erfolg zu versagen ist. Soweit die Rekurswerberin ihr Umbestellungsbegehren mit dem vom bestellten Sachverständigen geschätzten Kostenaufwand begründet, geht daher auch diese Argumentation ins Leere.

2. Im Übrigen ist diesem Punkt des Rechtsmittels entgegenzuhalten:

2.1. Zunächst ist anzumerken, dass die Ablehnung der Bestellung eines anderen Sachverständigen (wie die Verwerfung der Ablehnung eines Sachverständigen an sich) nicht abgesondert angefochten werden kann (*Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴, § 367 Rz 1). Die abgesonderte Anfechtbarkeit des Kostenvorschussbeschlusses (jenseits der Anfechtungsgrenze von – hier – € 4.000,-) nach § 332 Abs 2 ZPO ermöglicht jedoch, einen – wie hier – gleichzeitig ergangenen Beschluss, mit dem die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen wurde, anzufechten (*Krammer* in *Fasching/Konecny*² § 365 ZPO Rz 31), welche Auffassung infolge der gleich gelagerten Konstellation auch auf eine verweigerte Umbestellung zu übertragen ist. Damit ist das Rechtsmittel auch in diesem Punkt zulässig.

2.2. Aus dem Blickwinkel einer Mangelhaftigkeit reklamiert die Rekurswerberin verschiedene Verstöße gegen die aus (richtig) § 428 ZPO resultierende Begründungspflicht. Abs 2 der genannten Gesetzesstelle schreibt zwar

nicht vor, was eine Begründung zu enthalten hat; der dem Beschluss zugrunde liegende Sachverhalt ist aber schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nur so weit darzulegen, als es zum Verständnis und zur Überprüfung des Beschlusses notwendig ist. Bleiben hingegen die Entscheidungsgrundlagen unklar, liegt eine mangelhafte Begründung und damit regelmäßig ein erheblicher Verfahrensmangel vor (*Bydlinski* in *Fasching/Konecny*² § 428 ZPO Rz 3). Davon kann hier aber keine Rede sein, zumal das Erstgericht auf mehr als einer Seite dargelegt hat, aufgrund welcher Erwägungen es keinen Anlass für eine Umbestellung sieht. Wie bei der Entscheidung von Beweiswürdigungsfragen (RIS-Justiz RS0040165) begründet es auch hier keine Mangelhaftigkeit, wenn in der Begründung der Entscheidung ein Umstand nicht erwähnt wurde, der hätte erwähnt werden können, oder eine Erwägung nicht angestellt wurde, die hätte angestellt werden können. Damit kommt es letztlich nicht darauf an, dass sich das Erstgericht nicht ausdrücklich damit auseinandergesetzt hat, aus welchen Gründen der bestellte Sachverständige seine Kostenschätzung minderte, dass der von der Beklagten beigezogene außergerichtliche Sachverständige anhand der Zertifizierung des gerichtlich bestellten dessen Befähigung in Frage stellt, und noch viel weniger darauf, dass das Erstgericht nicht auf einen – wie noch darzulegen: unzulässigen – Schluss der Rekurswerberin eingegangen ist.

2.3. Diese drei Aspekte hebt das Rechtsmittel auch inhaltlich zu Unrecht in seiner Rechtsrüge hervor.

2.3.1. Entgegen der Auffassung der Rekurswerberin hat sich der vom Erstgericht bestellte Sachverständige zur Höhe der geschätzten Kosten nicht den Ausführungen des außergerichtlich beigezogenen inhaltlich „gefügt“ und „musste“ er auch nicht aus diesem Grund seine zuvor veranschlagten Kosten auf weniger als die Hälfte reduzieren. Die Minderung der Kostenschätzung beruht nämlich auf einer Minderung der Prüfmenge, die der bestellte Sachverständige nur unter der Voraussetzung für vertretbar erachtet, dass sich – nach erfolgter Prüfung – nur eine geringe Schwankungsbreite der Messwerte ergibt. Davon abgesehen, dass der bestellte Sachverständige damit inhaltlich nicht einmal von seinem vormaligen Standpunkt abgerückt ist, weil erst die zu erzielenden Messwerte Auskunft über das Erfordernis der zu prüfenden Menge geben werden, ist allgemein festzuhalten, dass es sich bei der vom bestellten Sachverständigen in Aussicht genommenen Prüfmenge um weniger als ein Zehntel Promille der von der Beklagten beanstandeten Ware handelt. Angesichts des Umfangs der reklamierten Ware (mehr als 10 Mio Stück) und der behaupteten mangelnden Belastbarkeit der Taschen ist es geradezu unverständlich, dass der außergerichtliche Sachverständige die Prüfung von 40 Tragetaschen (das sind weniger als die Hälfte eines Hundertstel Promille) für ausreichend erachtet. Der Auffassung im Rechtsmittel zuwider hat der bestellte Sachverständige in seiner Äußerung schlüssig das erforderliche Ausmaß an voraussichtlichen Kosten dargestellt (sodass auch keine Rede davon sein kann, die Bezugnahme des Erstgerichts auf dieses Aktenstück stelle eine bloße Leerformel dar).

2.3.2. Aus welchen Gründen die in der Gerichtssachverständigenliste ausgewiesene Zertifizierung des bestellten Sachverständigen für Chemie-Kunststoffe (deren Anwendung) gegen die Eignung des bestellten Sachverständigen sprechen sollte, vermag das Rechtsmittel (ebenso wie der von der Beklagten beigezogene außergerichtliche Sachverständige) nachvollziehbar nicht aufzuzeigen. Im Übrigen kommt es letztlich auf den „Zertifizierungsumfang“ des bestellten Sachverständigen auch gar nicht an, da zum Sachverständigen jede Person bestellt werden kann, die eine besondere Fachkunde in Wissenschaft oder Kunst, in Handel oder Gewerbe, in Verkehr oder Technik besitzt, wie immer sie diese Kenntnisse erworben haben mag. Der Eintragung in die Sachverständigenliste wird nur „Indizwirkung“ dahin gehend zugemessen, dass der Sachverständige gerade auf diesem Fachgebiet eine besondere Fachkunde aufweist. Eine Verpflichtung des Gerichts, nur solche Personen heranzuziehen, die zur Erstattung von Gutachten auf einem bestimmten Fachgebiet öffentlich bestellt sind, besteht hingegen nicht (*Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴, § 351 ZPO Rz 4; *derselbe* in *Fasching/Konecny*² § 351 ZPO Rz 3).

2.3.3. Die Behauptung im Rechtsmittel, der bestellte Sachverständige habe trotz Ersuchens der Beklagten nicht bekannt gegeben, wie viele Gutachten er in Bezug auf Qualitätsmängel von Tragetaschen bisher erstattet habe, ist zunächst in dieser Form unzutreffend. Im angesprochenen Schriftsatz hat die Beklagte gegenüber dem Gericht angeregt, dem bestellten Sachverständigen die Bekanntgabe der Anzahl der von ihm in diesem Sinn erstatteten Gutachten aufzutragen. Dieser Anregung ist das Erstgericht in seinem Auftrag vom 22. 1. 2015 jedoch nicht gefolgt, sodass schon aus diesem Blickwinkel die unterbliebene Stellungnahme zu diesem Aspekt nicht zu beanstanden ist. Im Übrigen stellt die Anzahl insoweit erstatteter Gutachten auch nicht zwingend einen Qualitätsausweis dar. Jedenfalls ist der von der Rekurswerberin gezogene Schluss, der bestellte Sachverständige habe bislang noch keinen einschlägigen Gutachtensauftrag erhalten, weder zulässig noch begründet.

2.4. Zusammengefasst hat es daher bei der Person des vom Erstgericht bestellten Sachverständigen zu bleiben.

3. Im Hinblick auf die eingangs dargestellten Grundsätze (Punkt 1. oben) ist lediglich der Vollständigkeit halber auf die Argumente der Rekurswerberin zur Höhe des ihr auferlegten Kostenvorschusses einzugehen. Im Hinblick auf den eindeutigen Rekursantrag ist insoweit klarzustellen, dass „lediglich“ ein Betrag von € 8.500,- strittig ist. Da die Entscheidung über den Erlag eines Kostenvorschusses eine Kostenentscheidung ist (RIS-Justiz RS0044179), hat auch diese in Senatsbesetzung zu ergehen (OLG Wien, RIS-Justiz RW0000701; OLG Innsbruck 15 Ra 72/13w).

3.1. Auch zu diesem Punkt der angefochtenen Entscheidung ortet die Rekurswerberin eine mangelhafte Begründung; zudem reklamiert sie, das Erstgericht sei nicht ihrem weiteren Antrag gefolgt, den bestellten Sachverständigen noch einmal zu einer Stellungnahme aufzufordern.

3.1.1. Davon abgesehen, dass für die Einholung einer weiteren Stellungnahme weder eine Erforderlichkeit noch eine gesetzliche Grundlage vorlag, war das Erstgericht nicht gehalten, die zwischen dem außergerichtlich beigezogenen und gerichtlich bestellten Sachverständigen aufgetretenen Widersprüche (noch weiter) aufzuklären (vgl. Punkt 1. oben).

3.1.2. Entgegen der Auffassung der Rechtsmittelwerberin hat das Erstgericht auch diesen Teil der Entscheidung ausführlich und nachvollziehbar begründet, sodass der Vorwurf einer mangelhaften Begründung ins Leere geht. Dass das Erstgericht der Informationsquelle „Wikipedia“ keinen wissenschaftlichen Wert beigemessen hat, ist jedenfalls nicht zu beanstanden.

3.2. Auch im Detail vermag die Rechtsmittelwerberin keine überzeugenden Argumente für ihren Standpunkt ins Treffen zu führen.

3.2.1. Mit ihrer Auffassung, der bestellte Sachverständige habe es unterlassen, die bislang aufgelaufenen Kosten (€ 4.500,-) näher aufzuschlüsseln, übersieht die Rechtsmittelwerberin zunächst, dass es hier um eine Kostenschätzung und nicht eine endgültige Bestimmung der Gebühren geht. Im Übrigen hat der Sachverständige dargestellt, dieser Teil der Kostenschätzung beruhe auf den schon erbrachten Vor- und Nachbearbeitungen, zwei Befundaufnahmen in Kirchbichl, den Reise- und Kopierkosten sowie der bisher aufgewendeten Mühewaltung à € 150,- pro Stunde. Selbst wenn für eine Kostenschätzung eine Aufschlüsselung gefordert werden wollte, genügt diese Aufspaltung jedenfalls den hier gegebenen Erfordernissen.

3.2.2. Zur Position der Prüfung von Länge und Breite der Taschen hat der bestellte Sachverständige ausdrücklich unter zutreffender Bezugnahme auf den Gutachtensauftrag Stellung bezogen; Adressat von Beanstandungen des Inhalts des Gutachtensauftrages ist aber nicht der bestellte Sachverständige, sondern das Erstgericht.

3.2.3. Dass eine Prüfung der Foliendicke, längs und quer, „unsinnig“ sei, stellt kein sachliches Argument dar.

3.2.4. Die Behauptung im Rechtsmittel, der bestellte Sachverständige habe die Einwendungen der Beklagten zur in Aussicht genommenen DSC-Analyse ignoriert, ist aktenwidrig.

3.2.5. Dass auch das Rekursgericht die Prüfung von bloß 40 Tragetaschen auf deren Haltbarkeit nicht für hinreichend erachtet, wurde bereits angemerkt.

3.3. Zusammengefasst vermag die Rechtsmittelwerberin somit auch in diesem Punkt keine Mangelhaftigkeit oder Unrichtigkeit der angefochtenen Entscheidung aufzuzeigen.

4. Einen Ablehnungsgrund im Sinne des § 355 Abs 1 ZPO iVm § 19 JN hat die Rekurswerberin nie geltend gemacht, sodass nicht darauf eingegangen werden muss, ob eine Ablehnung rechtzeitig erfolgt ist.

5. Im Hinblick auf ihr Unterliegen im Zwischenstreit über den Antrag der Beklagten, eine Umbestellung des Sachverständigen vorzunehmen, und deren Rechtsmittel gegen die Höhe des ihr zum Erlag aufgetragenen Kostenvorschusses hat die Beklagte der Klägerin die rechtzeitig und insgesamt nicht überhöht verzeichneten Kosten deren

Rekursbeantwortung zu ersetzen (*Obermaier*, Kostenhandbuch², Rz 291; § 50 Abs 1, §§ 41, 40 ZPO).

Die absolute Unzulässigkeit eines weiteren Rechtszugs beruht auf § 528 Abs 2 Z 2 ZPO, hinsichtlich der Entscheidung über die Höhe des Kostenvorschusses zudem auf § 528 Abs 2 Z 3 ZPO (RIS-Justiz RS0044179).