

## **Gebührenvorschuss an den Sachverständigen (§§ 26 und 41 Abs 2 GebAG) – Kostenvorschuss der Partei (§ 365 iVm § 332 Abs 2 ZPO und § 3 GEG)**

1. Wenn nicht ausschließlich über Sachverständigengebühren entschieden wurde (§ 8a JN), ist in Senatsbesetzung zu entscheiden. Über die Gewährung eines Gebührenvorschusses an den Sachverständigen (§ 26 GebAG), verbunden mit dem Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses an eine Partei, entscheidet der Senat.
2. Gegen die Gewährung eines Gebührenvorschusses an den Sachverständigen ist ein Rechtsmittel nicht zulässig (§ 41 Abs 2 GebAG). Ein Rekurs ist als unzulässig zurückzuweisen.
3. Nach einem bereits aufgenommenen Sachverständigenbeweis können die bereits aufgelaufenen Sachverständigenkosten nicht mehr „vorschussweise“ durch nachträglichen Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses abgedeckt werden. Das Gericht kann zwar von den Parteien für die mündliche Gutachtenserörterung eine Ergänzung der bereits früher erlegten Kostenvorschüsse einfordern, darf aber hiervon die Anberaumung der Verhandlung über die Beweiserörterung nicht abhängig machen. Der vom Gericht einer Partei nach Durchführung des Sachverständigenbeweises erteilte Auftrag, den durch den Kostenvorschuss nicht gedeckten Betrag bei Gericht zu erlegen, kann nicht auf § 365 ZPO gestützt werden. Er besitzt keine Rechtswirkung und kann insbesondere nicht exekutiv durchgesetzt werden. Mit einem sanktionslosen Beschluss wird die materielle oder prozessuale Rechtsstellung der Partei nicht beeinträchtigt. Es fehlt daher das Rechtsschutzbedürfnis zur meritorischen Überprüfung der Richtigkeit dieses Beschlusses. Dem Rekurswerber kann aus dem Nichterlag eines solcherart aufgetragenen Kostenvorschusses kein Nachteil erwachsen, sodass dem Rechtsmittel die Beschwer fehlt.
4. Hat das Gericht in seinem Auftrag zum Erlag des Kostenvorschusses nicht die Rechtsfolgen des § 365 iVm § 332 ZPO angedroht, kann dieser nur in § 3 GEG seine rechtliche Grundlage haben. Die Partei ist durch einen solchen Gerichtsauftrag nicht beschwert und hat gegen diesen Beschluss kein Rechtsmittel. Ein dennoch erhobener Rekurs ist als unzulässig zurückzuweisen.
5. Eine Rekursbeantwortung ist als unzulässig zurückzuweisen. Der Auftrag zum Erlag eines Kos-

**tenvorschusses ist ein bloß verfahrensleitender Beschluss, sodass jedenfalls keine Zweiseitigkeit im Sinne des § 521 a ZPO gegeben ist.**

**OLG Wien vom 17. Jänner 2018, 13 R 184/17z**

Die Beklagte war mit den Baumeisterarbeiten im Rahmen der Umbauarbeiten des Hauses 1090 Wien, P.-gasse, von der K. beauftragt. Sie zog den Kläger zur Durchführung der Aushubarbeiten für die Mauertrockenlegung sowie der anschließenden Befüllung mit Schotter und Grädermaterial heran. Der Kläger legte am 5. 8. 2010 die Teilrechnung Nr 20100198 über € 42.585,- netto, am 11. 10. 2010 die zweite Teilrechnung Nr 2010226 über € 41.333,- und die Schlussrechnung vom 18. 2. 2011 IB 2.2011 Nr 20110053 über € 8.850,- netto.

Die Klägerin begehrt einen offenen Werklohn von € 50.1836,- sA; die Beklagte habe lediglich die erste Teilrechnung bezahlt, die zweite Teilrechnung und die Schlussrechnung hingegen nicht.

Die Beklagte beantragte Klagsabweisung und wendete ein, die Rechnungen seien gutgeschrieben worden, im Übrigen seien diese nicht nachvollziehbar und nicht prüfbar gewesen, weil keine Massen enthalten gewesen seien. Aus Kulanz sei ein Betrag von € 21.500,- akontiert worden. Die verrechneten Massen seien weit überhöht, die klagende Partei habe zu viel Schotter verrechnet.

Das Erstgericht bestellte mit Beschluss vom 15. 4. 2014 DI N. N. zum Sachverständigen mit dem Auftrag, Befund und Gutachten darüber zu erstatten, ob die Aushubarbeiten mangelhaft durchgeführt wurden bzw ob diese ordnungsgemäß verrechnet wurden. Dieser gab über Aufforderung des Erstgerichts am 6. 5. 2014 eine Kostenschätzung über € 6.792,- ab. Beide Parteien erlegten den ihnen jeweils aufgetragenen Kostenvorschuss von € 3.396,-. Der Sachverständige erstattete am 6. 6. 2014 Befund und Gutachten und legte eine Gebührennote über € 6.234,-.

Der Kläger beantragte mit Eingabe vom 20. 8. 2014 die Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Streitverhandlung und Erörterung des Gutachtens, wobei an den Sachverständigen 18 Fragen gerichtet wurden. Der Sachverständige übermittelte hierauf am 15. 9. 2014 eine Kostenschätzung für die Fragebeantwortung in Höhe von € 3.240,-. Er erstattete am 23. 9. 2014 ein 15-seitiges Ergänzungsgutachten, in dem er unter anderem die an ihn durch die klagende Partei gerichteten Fragen beantwortete. Er legte dafür Gebührennote über € 3.060,-.

Mit Beschluss vom 30. 9. 2014 bestimmte das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen für Befund und Gutachten mit € 6.234,-, ordnete die Zahlung an den Sachverständigen aus den erliegenden Kostenvorschüssen an und trug dem Kläger den Erlag eines weiteren Kostenvorschusses von € 2.781,- auf, der im Weiteren erlegt wurde (€ 400,-; € 2.381,-).

Mit Schriftsatz vom 21. 1. 2015 beantragte der Kläger die Ladung des Sachverständigen zur Ergänzung des Gutach-

tens und sprach sich unter einem gegen die Gebühren laut Gebührennote vom 23. 9. 2014 aus.

Über Aufforderung des Erstgerichts gab der Sachverständige in Ansehung des vom Kläger erhobenen Gutachtensergänzungsantrags eine Kostenschätzung über € 6.300,- ab. Am 20. 7. 2016 erstattete der Sachverständige das zweite Ergänzungsgutachten und legte eine Gebührennote über € 3.780,-, wobei er eine aufgeschlüsselte Kostenschätzung für den weiteren Verfahrensaufwand über € 6.300,- anschloss.

Mit Beschluss vom 10. 8. 2016 bestimmte das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen für die Erstattung des ersten Ergänzungsgutachtens mit € 3.060,- und ordnete die Auszahlung aus den erlegten Kostenvorschüssen an.

Mit Schriftsatz vom 14. 9. 2016 beantragte der Kläger die neuerliche Ladung des Sachverständigen zur Verhandlung.

Mit Beschluss vom 10. 4. 2017 trug das Erstgericht dem Kläger den Erlag eines Kostenvorschusses von € 3.780,- für das zweite Ergänzungsgutachten und weitere € 700,- für das weitere, von ihm beantragte Gutachten auf, verbunden mit dem Ausspruch, dass widrigenfalls eine Ergänzung des Gutachtens nicht veranlasst werde.

In der mündlichen Verhandlung vom 22. 6. 2017 wurde mit dem Sachverständigen und den Parteien die bisherigen Gutachten und die weitere Vorgehensweise erörtert, insbesondere welche weiteren Aufklärungen in einem folgenden Ergänzungsgutachten zu erfolgen haben werden.

Der Klagevertreter beeinspruchte zuletzt die vom Sachverständigen für die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung gelegte Gebührennote über € 720,- mit der Begründung, der verrechnete Stundensatz von € 150,- sei nicht nachgewiesen.

Im Hinblick auf den Auftrag des Erstgerichts die Stundenentlohnung von € 150,- nachzuweisen und die Erklärung, dass bis dahin die Kostenbestimmung offenbleibe, beantragte der Sachverständige, ihm einen Gebührevorschuss nach § 26 GebAG in der Höhe von 50 % von € 7.650,- der noch offenen Rechnungen zu gewähren, da ein Ende der Sachverständigentätigkeit nicht absehbar sei.

Mit Schriftsatz vom 3. 8. 2017 sprach sich der Kläger gegen die Gewährung eines Kostenvorschusses an den Sachverständigen aus.

Am 8. 8. 2017 legte der Sachverständige eine Kostenschätzung in Höhe von € 8.820,- für das weitere Ergänzungsgutachten (49 Stunden à € 150,-). Er erstattete des Weiteren am 30. 8. 2017 ein 53-seitiges Gutachten, dem zahlreiche Lieferscheine der Firma K.-K. A. GmbH angeschlossen waren, und legte eine Gebührennote über € 6.120,-. Mit weiterem Schriftsatz sprach sich der Klagevertreter gegen den Stundensatz von € 150,- als auch den vom Sachverständigen verrechneten Zeitaufwand aus und beantragte im Übrigen die Erörterung des Gutachtens.

Mit Eingabe vom 3. 10. 2017 beantragte der Sachverständige ihm einen Gebührevorschuss nach § 26 GebAG in der

Höhe von 80 % der € 6.120,-, das entspricht € 4.886,-, „*der noch offenen Rechnung vom 5. 9. 2017 zu gewähren, da ein Ende der Sachverständigentätigkeit nicht absehbar sei*“.

Mit dem angefochtenen Beschluss gewährte das Erstgericht dem Sachverständigen DI N. N. einen Vorschuss auf seinen Gebührenanspruch in Höhe von € 4.896,- (Punkt 1.), wies die Buchhaltungsagentur des Bundes an, den Betrag teilweise aus Kostenvorschüssen, teilweise aus Amtsgeldern an den Sachverständigen zu überweisen, sprach aus, dass der Kläger den aus Amtsgeldern vorgeschossenen Betrag zu ersetzen habe (§ 2 Abs 2 GEG), und trug dem Kläger den Erlag eines weiteren Kostenvorschusses von € 3.000,- auf (Punkt 3.).

Begründend erwog es, mit 30. 6. 2017 habe der Sachverständige sein drittes Ergänzungsgutachten vorgelegt und Gebühren in Höhe von € 6.120,- verzeichnet, gegen die der Kläger Einwendungen erhoben und gleichzeitig die Gutachtenserörterung beantragt habe. Der Sachverständige habe die Bevorschussung seiner Gebühren in Höhe von € 4.896,- beantragt.

Gemäß § 26 GebAG sei einem Sachverständigen über Antrag ein Kostenvorschuss zu gewähren, dies insbesondere, wenn seine Tätigkeit von längerer Dauer sein werde.

Die Sachverständigentätigkeit sei gegenständlich noch nicht abgeschlossen und die Gebühren könnten noch nicht bestimmt werden. Das Gericht erachte einen Gebührenvorschuss von € 4.896,-, etwa 80 % der bisher verzeichneten Gebühren, für angemessen. Da kein Kostenvorschuss in ausreichender Höhe erliege, müsse der Restbetrag vorerst aus Amtsgeldern berichtigt werden.

Aufgrund der Tatsache, dass die Sachverständigentätigkeit noch nicht beendet sei, jedoch keine weiteren Kostenvorschüsse erliegen, sei dem Kläger der Erlag eines weiteren Kostenvorschusses aufzutragen gewesen.

Gegen die Punkte 1. und 3. des angefochtenen Beschlusses (Gebührenvorschuss von € 4.896,- und Auftrag zum Erlag eines weiteren Kostenvorschusses von € 3.000,-) wendet sich der Rekurs des Klägers mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin gehend abzuändern, dass dessen Punkte 1. und 3. ersatzlos aufgehoben werden.

Die Beklagte beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist zurückzuweisen.

1. Mit dem angefochtenen Beschluss wurden nicht die Gebühren eines Sachverständigen oder Dolmetschers bestimmt, sondern ein Vorschuss gewährt und ein Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses erteilt, sodass über den Rekurs nicht nach § 8a JN durch einen Einzelrichter, sondern in Senatsbesetzung zu entscheiden ist (13 R 243/11v; 13 R 191/12x; 15 R 205/16a ua; 133 R 51/17y; Senatsentscheidung, wenn nicht ausschließlich über die Gebührenbestimmung entschieden wird).

2. Gemäß § 41 Abs 2 GebAG ist gegen die Gewährung eines Vorschusses ein Rechtsmittel nicht zulässig. Der Re-

kurs gegen Punkt 1. des angefochtenen Beschlusses ist damit als unzulässig zurückzuweisen.

3. Aus dem Wortlaut des § 365 ZPO iVm § 332 Abs 2 ZPO folgt, dass nach bereits aufgenommenen Sachverständigenbeweis die bereits aufgelaufenen Sachverständigenkosten nicht mehr „vorschussweise“ durch nachträglichen Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses abgedeckt werden können (OLG Wien 16 R 189/16f). Das Gericht kann zwar von den Parteien für die mündliche Gutachtenserörterung eine Ergänzung der bereits früher erlegten Kostenvorschüsse einfordern, darf aber hiervon die Anberaumung der Verhandlung über die Beweiserörterung nicht abhängig machen (*Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG<sup>3</sup>, Anh § 42 GebAG E 23). Der vom Gericht einer Partei nach Durchführung des Sachverständigenbeweises erteilte Auftrag, den durch den Kostenvorschuss nicht gedeckten Betrag bei Gericht zu erlegen, kann nicht auf § 365 ZPO gestützt werden. Er besitzt keine Rechtswirkung und kann insbesondere nicht exekutiv durchgesetzt werden. Mit einem sanktionslosen Beschluss wird die materielle oder prozessuale Rechtsstellung der Partei nicht beeinträchtigt. Es fehlt daher das Rechtsschutzbedürfnis zur meritorischen Überprüfung der Richtigkeit dieses Beschlusses. Dem Rekurswerber kann aus dem Nichterlag eines solcherart aufgetragenen Kostenvorschusses kein Nachteil erwachsen, sodass dem Rechtsmittel die Beschwer fehlt.

4. Darüber hinaus hat der Beschluss mit der Aufforderung zum Erlag eines Kostenvorschusses für ein einzuholendes Gutachten nach § 365 ZPO von Amts wegen die Androhung der Folgen zu enthalten, die bei Unterbleiben des Erlags eintreten. Hat das Gericht – wie hier – in seinem Auftrag zum Erlag des Kostenvorschusses nicht die Rechtsfolgen des § 365 iVm § 332 ZPO angedroht, kann dieser nur in § 3 GEG seine rechtliche Grundlage haben (*Krammer in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz<sup>2</sup>, § 365 ZPO Rz 26; *Rechberger in Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, § 365 Rz 2; *Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG<sup>3</sup>, Anh § 42 GebAG Anm 1).

§ 3 GEG ordnet jedoch – anders als § 365 iVm § 332 Abs 2 ZPO – keine Sanktionen bei Nichterlag des Kostenvorschusses durch die Parteien an. Daher ist die Partei durch einen derartigen Gerichtsauftrag nicht beschwert und hat dagegen kein Rechtsmittel. Ein dennoch erhobener Rekurs ist als unzulässig zurückzuweisen (RIS-Justiz RS0034635 (T3); *Krammer/Schmidt*, aaO, Anm 19 und 20, E 22 mwN).

5. Die Rekursbeantwortung der Beklagten war als unzulässig zurückzuweisen, weil der Rekurs gegen die Gewährung des Gebührenvorschusses an den Sachverständigen nicht mit Rekurs bekämpft werden kann und es sich beim Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses – unabhängig von der hier erfolgten Zurückweisung des Rekurses – um einen bloß verfahrensleitenden Beschluss handelt (vgl 13 R 191/12x; 13 R 157/11w; 15 R 169/12a), sodass jedenfalls keine Zweiseitigkeit im Sinne des § 521 a ZPO gegeben ist.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses gründet sich auf § 528 Abs 2 Z 5 ZPO. Der Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses ist von diesem Rechtsmittelausschluss umfasst (RIS-Justiz RS0044179).