

Ermittlungen über den voraussichtlichen Aufwand für den Sachverständigenbeweis vor Auftragserteilung zum Erlag eines Kostenvorschussbetrags (§ 365 ZPO)

1. Über den Rekurs gegen den Beschluss, mit dem ein Auftrag zum Erlag eines (ergänzenden) Kostenvorschusses erteilt wird, entscheidet nicht ein Einzelrichter nach § 8a JN, sondern ein Drei-Richter-Senat.
2. Gemäß § 365 iVm § 332 Abs 2 letzter Satz ZPO ist der Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses aufgetragen wird, (nur) hinsichtlich seiner Höhe und (nur) dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei auferlegten Kostenvorschüsse € 4.000,- übersteigt.

Die Höhe des einer Partei aufgetragenen Kostenvorschusses hat dem voraussichtlichen Aufwand des Sachverständigen zu entsprechen, sie soll somit den voraussichtlichen Arbeitsumfang des Sachverständigen voll 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. Die Höhe des aufzutragenden Kos-

tenvorschusses hat sich daran zu orientieren, welcher Gebührenanspruch des Sachverständigen zu erwarten ist. Soweit erforderlich, hat das Erstgericht darüber Ermittlungen anzustellen.

3. Beauftragt das Gericht den Erlag des Kostenvorschusses, hat es sich grundsätzlich an der Schätzung des Sachverständigen über die voraussichtliche Höhe seines Gebührenanspruchs zu orientieren, auch wenn es diese nicht ungeprüft übernehmen darf. Anhand des Kostenvorschusses sollen die Parteien eine realistische Grundlage für die Einschätzung erhalten, mit welchem Aufwand sie ihr Prozessziel verfolgen.
4. Bei den Ermittlungen zur Höhe des Kostenvorschusses ist vom Erstgericht unter Beiziehung der Parteien zunächst auch zu klären, ob bzw in welchem Umfang das in dem vom Kläger genannten Parallelverfahren erstattete Gutachten nach § 281a ZPO im vorliegenden Verfahren verwertbar ist, und nach dem Ergebnis dieser Erörterung den Umfang

der hier noch notwendigen Ergänzungen festzulegen. Selbst wenn aber eine direkte Verwertung von Beweisergebnissen aus Parallelverfahren mangels Zustimmung der Beklagten im Sinne des § 281a Z 2 ZPO nicht möglich sein sollte, wären mögliche Synergieeffekte zu prüfen, die sich aus der Befassung desselben Sachverständigen in mehreren Parallelverfahren ergeben könnten. Dies wäre mit dem Sachverständigen zu erörtern. Auch eine Kostenschätzung wäre von ihm einzuholen.

OLG Wien vom 21. September 2018, 1 R 115/18s

Im vorliegenden Verfahren begehrt der Kläger die Aufhebung des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrages über einen PKW VW Touran und die Zahlung von € 26.680,65 sA Zug um Zug gegen die Rückgabe des Fahrzeugs. Gestützt wird die Klage auf Irrtum und Vorliegen eines nicht verbesserbaren Mangels im Zusammenhang mit einer Manipulation der vorgeschriebenen Abgastests.

In der Verhandlung vom 20. 9. 2016 kündigte das Erstgericht die Einholung des vom Kläger beantragten Sachverständigengutachtens an und trug diesem den Erlag eines Kostenvorschusses von € 50.000,- auf, der (nach Fristerstreckung) am 13. 10. 2016 erlegt wurde. Daraufhin bestellte das Erstgericht mit Beschluss vom 24. 10. 2016 Dr. N. N. zum Sachverständigen und erteilte ihm den Auftrag, Befund und Gutachten im Sinne des Vorbringens der Parteien zu erstatten, insbesondere darüber, ob das Fahrzeug aufgrund der Software, die den Ausstoß von Stickoxid im Prüfstand beeinflusst, mangelhaft ist; bejahendenfalls, ob bzw mit welchem Aufwand dieser Mangel behebbbar ist; ob der Mangel geringfügig ist oder ob er den ordentlichen Gebrauch verhindert (Zulassung?); welches Benutzungsentgelt bis dato angemessen sei und ob aufgrund der Software eine merkantile Wertminderung eingetreten sei bzw in welchem Ausmaß.

Mit gemeinsamem Schriftsatz vom 2. 11. 2016 gaben die Parteien bekannt, einfaches Ruhen vereinbart zu haben. Mit Beschluss vom 11. 11. 2016 ordnete das Erstgericht die Rücküberweisung des erlegten Kostenvorschusses an, die in der Folge durchgeführt wurde.

Am 28. 6. 2018 stellte der Kläger den Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens, wobei er unter anderem darauf hinwies, dass der Sachverständige Dr. N.N. in einem Parallelverfahren (im Beweisantrag wird auf ein Gutachten zu 3 Cg 38/16z des Erstgerichts verwiesen) die notwendigen Messungen bereits durchgeführt habe. Die Erkenntnisse und Ergebnisse könnten im vorliegenden Verfahren verwertet werden. Eine neuerliche Vermessung sei daher nicht beabsichtigt. Nach Informationen des Klägers sei daher ein Kostenvorschuss für ein Gutachten in Höhe von € 5.000,- ausreichend.

Mit dem angefochtenen Beschluss trug das Erstgericht dem Kläger den Erlag eines Kostenvorschusses von € 50.000,- binnen 14 Tagen auf.

Dagegen richtet sich der rechtzeitige Rekurs des Klägers mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne eines Auftrags zum Erlag eines Kostenvorschusses in Höhe von nur € 5.000,-.

Der Rekurs ist im Sinne eines in jedem Abänderungsantrag implizit enthaltenen Aufhebungsantrags berechtigt.

Der Rekurswerber führt im Wesentlichen aus, das Erstgericht sei schon in seinem ersten Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses von einem Aufwand von € 50.000,- ausgegangen, ohne dies zu begründen und ohne die Fragen des Gerichts und den mit der Beantwortung verbundenen Aufwand mit dem Sachverständigen oder den Parteien erörtert zu haben. Mit dem angefochtenen Beschluss habe das Erstgericht abermals ohne Prüfung und ohne Begründung den Kostenvorschuss mit € 50.000,- festgesetzt, obwohl der Kläger im Fortsetzungsantrag darauf hingewiesen habe, dass der auch hier bestellte Sachverständige bereits ein Gutachten erstattet habe und die Kosten im vorliegenden Verfahren daher nur € 5.000,- betragen würden. Das Verfahren sei daher mangelhaft geblieben. Dr. N. N. sei einer von vier Sachverständigen in Österreich, die in die Aufarbeitung des „Diesel- Abgasskandals“ involviert seien, wobei allein die Klagevertreterin mehr als 100 Kläger vertrete. Der Umstand, dass die Sachverständigen die Grundsatzzfragen (unzulässige Abschaltvorrichtung, Funktion der Abgasrückführung) in allen Verfahren gleich beantworteten, habe einen erheblichen Einfluss auf die Kostenschätzung der Sachverständigen in den einzelnen Verfahren.

Dazu ist Folgendes zu erwägen:

1. Da im angefochtenen Beschluss nicht über die Gebühren eines Sachverständigen oder Dolmetschers entschieden, sondern ein Auftrag zum Erlag eines (ergänzenden) Kostenvorschusses erteilt wird, entscheidet über den Rekurs kein Einzelrichter nach § 8a JN, sondern ein Drei-Richter-Senat (OLG Wien 1 R 107/16m; 15 R 169/12a; 13 R 191/12x; 2 R 217/13s, SV 2014, 111; 3 R 27/14h; *Krammer*, SV 2012, 42 [Glosse zu OLG Wien 13 R 234/11v]).

2. Gemäß § 365 iVm § 332 Abs 2 letzter Satz ZPO ist der Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses aufgetragen wird, (nur) hinsichtlich seiner Höhe und (nur) dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei auferlegten Kostenvorschüsse € 4.000,- übersteigt.

Die Höhe des einer Partei aufgetragenen Kostenvorschusses hat dem voraussichtlichen Aufwand des Sachverständigen 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. Die Höhe des aufzutragenden Kostenvorschusses hat sich daran zu orientieren, welcher Gebührenanspruch des Sachverständigen zu erwarten ist. Soweit erforderlich, hat das Erstgericht darüber Ermittlungen anzustellen (OLG Wien 13 R 6/17y; 13 R 191/12x; 13 R 78/16k uva).

Beauftragt das Gericht den Erlag des Kostenvorschusses, hat es sich grundsätzlich an der Schätzung des Sachverständigen über die voraussichtliche Höhe seines Gebührenanspruchs zu orientieren (OLG Wien 3 R 24/16w uva), auch wenn es diese nicht ungeprüft übernehmen darf (OLG Wien 2 R 46/09p, SV 2009, 159; 2 R 217/13s, SV 2014, 111; 1 R 138/14t; 3 R 24/16w; *Krammer in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 365 ZPO Rz 24). Anhand des Kostenvorschusses sollen die Parteien eine realistische Grundlage für die Einschätzung erhalten, mit welchem Aufwand sie ihr Prozessziel verfolgen (OLG Innsbruck 3 R 13/12d, SV 2012, 157; 2 R 17/14p, SV 2014, 109; OLG Wien 2 R 46/09p, SV 2009, 159; 2 R 182/13v, SV 2014, 109; 5 R 66/12f, SV 2012, 157; 2 R 217/13s, SV 2011, 111; 1 R 138/14t; 3 R 24/16w uva; vgl auch *Krammer/Schmidt in Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige und ihre Gutachten [2012] 125 [133 ff]).

3. Im vorliegenden Fall hat das Erstgericht schon seinerzeit einen – infolge Erfüllung des Auftrags und Rücküberweisung nach Ruhen des Verfahrens nicht mehr aufrechten – Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschuss von € 50.000,– erteilt, ohne eine Kostenschätzung des Sachverständigen einzuholen oder sonstige Erhebungen über die Höhe der zu erwartenden Sachverständigengebühren zu pflegen. Diesen Betrag hat das Erstgericht nunmehr auch im angefochtenen Beschluss ohne Begründung festgesetzt, obwohl der Kläger im Fortsetzungsantrag ausführlich seine Argumente darlegte, weshalb aufgrund der mittlerweile eingetretenen Umstände nunmehr mit einer wesentlich niedrigeren Sachverständigengebühr zu rechnen sei.

Trotz dieser Hinweise hat das Erstgericht auch im Rahmen der neuerlichen Festsetzung des Kostenvorschusses keine Erhebungen durchgeführt. So wäre es im Hinblick auf das Vorbringen des Klägers wohl angezeigt gewesen, unter Beiziehung der Beklagten zunächst zu klären, ob bzw in welchem Umfang das in dem vom Kläger genannten Parallelverfahren erstattete Gutachten nach § 281a ZPO im vorliegenden Verfahren verwertbar ist, und nach

dem Ergebnis dieser Erörterung den Umfang der hier noch notwendigen Ergänzungen festzulegen. Selbst wenn aber eine direkte Verwertung von Beweisergebnissen aus Parallelverfahren mangels Zustimmung der Beklagten im Sinne des § 281a Z 2 ZPO nicht möglich sein sollte, ist dem Kläger jedenfalls insoweit beizupflichten, als sich aus der Befassung des selben Sachverständigen in mehreren Gerichtsverfahren betreffend ähnliche Beweisthemen erhebliche Synergieeffekte für den Sachverständigen ergeben könnten. Nicht zuletzt im Hinblick auf die Ausführungen im Fortsetzungsantrag wäre es daher vor der Beschlussfassung über die Höhe des vom Kläger nunmehr zu erlegenden Gebührenvorschusses jedenfalls erforderlich gewesen, dies mit dem Sachverständigen zu erörtern und eine Kostenschätzung von ihm einzuholen.

4. Da dem Erstgericht infolge der unterlassenen Erhebungen keine ausreichenden Anhaltspunkte zur Abschätzung der zu erwartenden Sachverständigengebühren vorlagen, kann allerdings auch dem Abänderungsantrag des Klägers nicht nähergetreten werden.

Der angefochtene Beschluss war daher aufzuheben und dem Erstgericht unter Beachtung der hier dargelegten Grundsätze die neuerliche Entscheidung aufzutragen.

5. Der Ausspruch, wonach die Rekurskosten weitere Verfahrenskosten sind, gründet auf § 40 Abs 1 und § 50 Abs 1 ZPO. Ein selbständiger Zwischenstreit im Sinne des § 52 Abs 1 letzter Satz ZPO liegt nicht vor. Der Ausschluss der Kostenersatzpflicht nach § 41 Abs 3 GebAG ist nach Ansicht des erkennenden Senats auf die Entscheidung über Gebührenvorschüsse nicht anwendbar, weil mit diesen keine Sachverständigengebühren bestimmt werden (siehe oben Punkt 1.).

6. Die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses ergibt sich zumindest aus § 528 Abs 2 Z 3 ZPO. Entscheidungen über den Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses sind von diesem Rechtsmittelausschluss jedenfalls umfasst (siehe RIS-Justiz RS0044179).