

TE OGH 2025/4/22 1R50/25t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.04.2025

Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch Mag. Weixelbraun (Vorsitz), Maga Klenk und Mag. Einberger in der Rechtssache der klagenden und widerbeklagten Partei A* GmbH, FN **, **, vertreten durch M2S Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte und widerklagende Partei B* GmbH, FN **, **, vertreten durch Dr. Bertram Broesigke, Rechtsanwalt in Wien, und der Nebenintervenientin auf Seite der beklagten Partei C* GmbH & Co KG, FN **, **, vertreten durch Joklik Katary Richter Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, wegen (zuletzt) EUR 359.236,54 sA und (zuletzt) EUR 523.963,01 (Widerklage zu **; hier wegen Erlag eines Kostenvorschusses), über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 14.3.2025, **-197, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und dem Erstgericht eine neue Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Rekurskosten sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung

Die Klägerin begehrt mit Klage vom 21.11.2018 die Zahlung des offenen Werklohns von zuletzt EUR 359.236,54 für die Erbringung der Generalunternehmerleistungen beim Bauvorhaben **. Die Beklagte sei am 20.4.2018 unberechtigt vom Vertrag zurückgetreten. Bis zum Zeitpunkt des Vertragsrücktritts habe die Klägerin sämtliche Leistungen vollständig und mängelfrei erbracht, sodass ihr der hierfür entsprechende Werklohn zustehe.

Mit Zwischenantrag auf Feststellung vom 15.12.2022 beantragt die Klägerin die Feststellung, dass „die Klagsforderung von EUR 359.236,54 dem Grunde nach zu Recht besteht“ (ON 137).

Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage und wendet ein, sie sei aufgrund der mangelhaften Vertragserfüllung berechtigt vom Vertrag zurückgetreten. Sie wendet eine Kompensandoforderung von EUR 383.635,41 ein, die sich aus Kosten für die entfernten Bauteile von EUR 195.090,85, Pönale von EUR 111.750, Abzug wegen Leistungen minderer Qualität von EUR 30.000, Abzug wegen Versicherung von EUR 5.189,37 und Mietentgang von EUR 41.605,19 zusammensetzt.

Mit Widerklage vom 16.12.2020 begehrt die Beklagte (zusätzlich zur Kompensandoforderung) die durch den unberechtigten Baustopp der Klägerin und den daraus resultierenden Vertragsrücktritt der Beklagten verursachten

Mehrkosten der Planung von (zuletzt) EUR 39.915,22, der ÖBA von EUR 43.272 und der Einzelvergaben (nach Berücksichtigung der Sowiesokosten) von EUR 381.811,35 sowie Mietentgang von EUR 58.964,44; insgesamt (zuletzt) EUR 523.963,01.

Die Verfahren über die Klage und die Widerklage wurden mit Beschluss vom 21.1.2021 zur gemeinsam Verhandlung und Entscheidung verbunden (ON 59).

Mit Beschluss vom 11.12.2024 bestellte das Erstgericht DI D* zum Sachverständigen [SV], beauftragte ihn mit Befund- und Gutachtenserstellung zur Höhe der Compensando-/Widerklagsforderung und wies auf den erliegenden restlichen Kostenvorschuss der Beklagten von EUR 19.107 hin (ON 183). Es gliederte die zu beantwortenden Fragen in fünf Themenkomplexe (I. Ersatzvornahmen, II. Mehraufwand Planung/ÖBA, III. Überzahlung, IV. Qualitätsminderung, V. Zeitverzögerung – Mietentgang) und legte den Umfang des Gutachtensauftrags durch Anführung der vom Sachverständigen zu beantwortenden Fragen fest (ON 183). Mit Beschluss vom 11.12.2024 bestellte das Erstgericht DI D* zum Sachverständigen [SV], beauftragte ihn mit Befund- und Gutachtenserstellung zur Höhe der Compensando-/Widerklagsforderung und wies auf den erliegenden restlichen Kostenvorschuss der Beklagten von EUR 19.107 hin (ON 183). Es gliederte die zu beantwortenden Fragen in fünf Themenkomplexe (römisch eins. Ersatzvornahmen, römisch zwei. Mehraufwand Planung/ÖBA, römisch drei. Überzahlung, römisch vier. Qualitätsminderung, römisch fünf. Zeitverzögerung – Mietentgang) und legte den Umfang des Gutachtensauftrags durch Anführung der vom Sachverständigen zu beantwortenden Fragen fest (ON 183).

Zum Thema I. Ersatzvornahmen fragte es - unter Anführung der zu beurteilenden 17 Einzelgewerke – ob die jeweils mit diesen Einzelgewerken vereinbarten Leistungen zur Fertigstellung des Gebäudes im Sinn des ursprünglich mit der Klägerin vereinbarten Auftrags erforderlich und der hierfür verrechnete Werklohn angemessen gewesen seien. Zum Thema römisch eins. Ersatzvornahmen fragte es - unter Anführung der zu beurteilenden 17 Einzelgewerke – ob die jeweils mit diesen Einzelgewerken vereinbarten Leistungen zur Fertigstellung des Gebäudes im Sinn des ursprünglich mit der Klägerin vereinbarten Auftrags erforderlich und der hierfür verrechnete Werklohn angemessen gewesen seien.

Zum Thema II. Mehraufwand Planung/ÖBA fragte es, 1. ob der von der Beklagten behauptete Mehraufwand für die Planung von EUR 58.063,84 nachvollziehbar und in Zusammenhang mit den getätigten Ersatzvornahmen durch Einzelgewerke im Vergleich zum ursprünglichen Generalunternehmerauftrag erforderlich und in der Verrechnung angemessen gewesen sei und 2. ob für die ÖBA aufgrund der neu vergebenen Einzelgewerke nach dem Baustopp ein Mehraufwand von EUR 43.272,00 erforderlich und angemessen gewesen sei. Zum Thema römisch zwei. Mehraufwand Planung/ÖBA fragte es, 1. ob der von der Beklagten behauptete Mehraufwand für die Planung von EUR 58.063,84 nachvollziehbar und in Zusammenhang mit den getätigten Ersatzvornahmen durch Einzelgewerke im Vergleich zum ursprünglichen Generalunternehmerauftrag erforderlich und in der Verrechnung angemessen gewesen sei und 2. ob für die ÖBA aufgrund der neu vergebenen Einzelgewerke nach dem Baustopp ein Mehraufwand von EUR 43.272,00 erforderlich und angemessen gewesen sei.

Zum Thema III. Überzahlung fragte es, ob eine Überzahlung der Klägerin durch die Beklagte zum Zeitpunkt des Baustopps vorgelegen sei, falls ja, und soweit bewertbar, in welcher Höhe. Zum Thema römisch drei. Überzahlung fragte es, ob eine Überzahlung der Klägerin durch die Beklagte zum Zeitpunkt des Baustopps vorgelegen sei, falls ja, und soweit bewertbar, in welcher Höhe.

Zum Thema IV. Qualitätsminderung fragte es, ob die von der Beklagten behaupteten (7, im Beschluss aufgezählten) Qualitätsminderungen im Vergleich zur vereinbarten Bau- und Ausstattungbeschreibung vorliegen, falls ja, mit welchem Betrag sie jeweils zu bewerten seien. Zum Thema römisch vier. Qualitätsminderung fragte es, ob die von der Beklagten behaupteten (7, im Beschluss aufgezählten) Qualitätsminderungen im Vergleich zur vereinbarten Bau- und Ausstattungbeschreibung vorliegen, falls ja, mit welchem Betrag sie jeweils zu bewerten seien.

Zum Thema V. Zeitverzögerung – Mietentgang fragte es, wie lang die Zeitspanne der Verzögerung, die aus dem Baustopp resultierte, bis die Ersatzvornahmearbeiten abgeschlossen sein könnten, im Vergleich zum Endtermin 25.5.2018 betragen habe (ON 183). Zum Thema römisch fünf. Zeitverzögerung – Mietentgang fragte es, wie lang die Zeitspanne der Verzögerung, die aus dem Baustopp resultierte, bis die Ersatzvornahmearbeiten abgeschlossen sein könnten, im Vergleich zum Endtermin 25.5.2018 betragen habe (ON 183).

Mit Eingabe vom 30.12.2024 teilte der SV mit, dass aufgrund des außerordentlichen Umfangs des Gerichtsakts und der Fragestellungen im Gutachtensauftrag allein für die Bekanntgabe der voraussichtlich entstehenden Gebührenhöhe

zum Gutachtensauftrag weiterführende ordnende, konzeptive und analytische Tätigkeiten des SV erforderlich seien, die das übliche Ausmaß deutlich überstiegen (ON 187). Der Aufwand zur Bekanntgabe der voraussichtlichen Gebührenhöhe zur Erstellung von Befund und Gutachten betrage EUR 19.200 (ON 187).

Das Erstgericht gab den Parteien – unter gleichzeitiger Zustellung der Mitteilung des SV vom 30.12.2024 - eine Frist von 14 Tagen, um allfällige Einwände gegen die Fortführung der Tätigkeit des SV bekanntzugeben (ON 188).

Die Beklagte äußerte sich am 16.1.2025 dahin, dass sie sich weiterhin für die Betrauung des SV mit der Befundaufnahme und Gutachtenserstellung ausspreche, jedoch anrege, die Gutachtenstätigkeit zunächst auf die Prüfung der Ersatzvornahmen gemäß I. des Gerichtsauftrages vom 11.12.2024 einzuschränken und die übrigen Punkte (Mehraufwand ÖBA/Planung, Überzahlung, Qualitätsminderung, Zeitverzögerung-Mietentgang) vorerst auszuklammern. Sie betonte, nicht auf die Beurteilung der sonstigen Punkte des Gutachtensauftrags durch den Sachverständigen zu verzichten (ON 189). Die Beklagte äußerte sich am 16.1.2025 dahin, dass sie sich weiterhin für die Betrauung des SV mit der Befundaufnahme und Gutachtenserstellung ausspreche, jedoch anrege, die Gutachtenstätigkeit zunächst auf die Prüfung der Ersatzvornahmen gemäß römisch eins. des Gerichtsauftrages vom 11.12.2024 einzuschränken und die übrigen Punkte (Mehraufwand ÖBA/Planung, Überzahlung, Qualitätsminderung, Zeitverzögerung-Mietentgang) vorerst auszuklammern. Sie betonte, nicht auf die Beurteilung der sonstigen Punkte des Gutachtensauftrags durch den Sachverständigen zu verzichten (ON 189).

Die Klägerin äußerte sich nicht.

Am 17.1.2025 ersuchte das Erstgericht den SV um Fortführung seiner Tätigkeit und teilte seine Ansicht mit, dass aus prozessökonomischen Gründen eine Bearbeitung des gesamten Gutachtensauftrags sinnvoller sei. Sollte der SV anderer Ansicht sein, wurde er ersucht, dies dem Gericht binnen 14 Tagen mitzuteilen (ON 190).

Am 22.1.2025 teilte der SV mit, dass er die Einschätzung des Erstgerichts teile und mit seiner Tätigkeit der Gebührenschatzung fortfahren werde (ON 191.1).

Am 13.3.2025 berichtete der SV umfangreich über seine beabsichtigte Vorgehensweise bei Erstellung von Befund und Gutachten zu den einzelnen Themenkomplexen (ON 196.1, 2–8). Daraus - als für das Rekursverfahren relevant - ist hervorzuheben, dass die Beantwortung der Fragen (wie im Gutachtensauftrag) in fünf Themenkomplexe (I. Ersatzvornahmen, II. Mehraufwand Planung/ÖBA, III. Überzahlung, IV. Qualitätsminderung, V. Zeitverzögerung - Mietentgang) aufgeteilt ist und der SV aus prozessökonomischer bzw kostenschonender Sicht vorschlägt, den Themenkomplex I. Ersatzvornahmen anhand der vorliegenden Unterlagen in einer gewerksübergreifenden Gesamtschau zu beurteilen (Variante I.A). Die Einzelgewerksanalyse (Variante I.B) würde eine umfangreiche und kostenintensive Befundaufnahme und Analyse dieser Befundungen erforderlich machen (ON 196.1). Die voraussichtlich zu erwartende Gebühr für die Erstellung von Befund und Gutachten auf Basis der Beantwortung der Fragen des Themenkomplexes I. anhand der vorgeschlagenen Variante I.A und der weiteren Fragen der Themenkomplexe II. bis V. anhand der beschriebenen Vorgehensweise bezifferte der SV pauschal mit EUR 115.200 (ON 196.1, 9). Gleichzeitig legte er Gebührennote über EUR 19.200, und zwar Gebühr für Mühewaltung über 50 Stunden zu je EUR 320 netto (ON 196.2). Am 13.3.2025 berichtete der SV umfangreich über seine beabsichtigte Vorgehensweise bei Erstellung von Befund und Gutachten zu den einzelnen Themenkomplexen (ON 196.1, 2–8). Daraus - als für das Rekursverfahren relevant - ist hervorzuheben, dass die Beantwortung der Fragen (wie im Gutachtensauftrag) in fünf Themenkomplexe (römisch eins. Ersatzvornahmen, römisch zwei. Mehraufwand Planung/ÖBA, römisch drei. Überzahlung, römisch vier. Qualitätsminderung, römisch fünf. Zeitverzögerung - Mietentgang) aufgeteilt ist und der SV aus prozessökonomischer bzw kostenschonender Sicht vorschlägt, den Themenkomplex römisch eins. Ersatzvornahmen anhand der vorliegenden Unterlagen in einer gewerksübergreifenden Gesamtschau zu beurteilen (Variante römisch eins.A). Die Einzelgewerksanalyse (Variante römisch eins.B) würde eine umfangreiche und kostenintensive Befundaufnahme und Analyse dieser Befundungen erforderlich machen (ON 196.1). Die voraussichtlich zu erwartende Gebühr für die Erstellung von Befund und Gutachten auf Basis der Beantwortung der Fragen des Themenkomplexes römisch eins. anhand der vorgeschlagenen Variante römisch eins.A und der weiteren Fragen der Themenkomplexe römisch zwei. bis römisch fünf. anhand der beschriebenen Vorgehensweise bezifferte der SV pauschal mit EUR 115.200 (ON 196.1, 9). Gleichzeitig legte er Gebührennote über EUR 19.200, und zwar Gebühr für Mühewaltung über 50 Stunden zu je EUR 320 netto (ON 196.2).

Mit dem angefochtenen Beschluss gewährte das Erstgericht(1.) den Parteien eine Äußerungsfrist von 14 Tagen für

(a) allfällige Einwendungen gegen den Gebührenanspruch des SV, (b) allfällige Einwände gegen die vom SV geplante Vorgehensweise (insbesondere Variante I.A - "Gewerksübergreifende Gesamtschau") und © den Antrag einer mündlichen Erörterung der vom SV geplanten Vorgehensweise, ergänzte (2.) die Anordnung, einen Kostenvorschuss zu erlegen, gemäß § 3 GEG und trug der Beklagten auf, binnen 14 Tagen einen weiteren Kostenvorschuss von EUR 115.200 zu erlegen, andernfalls die Beiziehung des SV unterbleibe, und wies (3.) den SV an, bis zum Erhalt einer weiteren Weisung mit der Sachverständigentätigkeit innezuhalten. Mit dem angefochtenen Beschluss gewährte das Erstgericht (1.) den Parteien eine Äußerungsfrist von 14 Tagen für (a) allfällige Einwendungen gegen den Gebührenanspruch des SV, (b) allfällige Einwände gegen die vom SV geplante Vorgehensweise (insbesondere Variante römisch eins.A - "Gewerksübergreifende Gesamtschau") und © den Antrag einer mündlichen Erörterung der vom SV geplanten Vorgehensweise, ergänzte (2.) die Anordnung, einen Kostenvorschuss zu erlegen, gemäß Paragraph 3, GEG und trug der Beklagten auf, binnen 14 Tagen einen weiteren Kostenvorschuss von EUR 115.200 zu erlegen, andernfalls die Beiziehung des SV unterbleibe, und wies (3.) den SV an, bis zum Erhalt einer weiteren Weisung mit der Sachverständigentätigkeit innezuhalten.

Gegen den Auftrag, einen Kostenvorschuss von EUR 115.200 zu erlegen (Spruchpunkt 2.) richtet sich der Rekurs der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, der Beklagten den Erlag eines Kostenvorschusses von (nur) EUR 20.000 aufzutragen; in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

1. Da im angefochtenen Beschluss nicht über die Gebühren des SV entschieden, sondern ein Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses erteilt wurde, entscheidet über den Rekurs nicht der Einzelrichter nach § 8a JN, sondern ein Dreirichterssenat (RW0000917; RW0000879). 1. Da im angefochtenen Beschluss nicht über die Gebühren des SV entschieden, sondern ein Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses erteilt wurde, entscheidet über den Rekurs nicht der Einzelrichter nach Paragraph 8 a, JN, sondern ein Dreirichterssenat (RW0000917; RW0000879).

2. Das Erstgericht stützte die Ergänzung seiner Anordnung, einen Kostenvorschuss zu erlegen, auf § 3 GEG, verknüpfte jedoch seinen Auftrag mit dem Hinweis, dass ohne Erlag die Beiziehung des SV unterbleiben werde. Da somit in Wahrheit kein sanktionsloser Auftrag nach § 3 GEG vorliegt (vgl. RS0034635 [T3]), durch den der Kläger nicht beschwert wäre (vgl. Krammer in Fasching/Konecny § 365 ZPO Rz 16), ist der Rekurs zulässig. 2. Das Erstgericht stützte die Ergänzung seiner Anordnung, einen Kostenvorschuss zu erlegen, auf Paragraph 3, GEG, verknüpfte jedoch seinen Auftrag mit dem Hinweis, dass ohne Erlag die Beiziehung des SV unterbleiben werde. Da somit in Wahrheit kein sanktionsloser Auftrag nach Paragraph 3, GEG vorliegt (vergleiche RS0034635 [T3]), durch den der Kläger nicht beschwert wäre (vergleiche Krammer in Fasching/Konecny § 365, ZPO Rz 16), ist der Rekurs zulässig.

3. Gegenstand des Rekurses ist eine prozessleitende Verfügung im engeren Sinn. Das Rekursverfahren ist daher einseitig (§ 521a Abs 1 ZPO; RW0000918). 3. Gegenstand des Rekurses ist eine prozessleitende Verfügung im engeren Sinn. Das Rekursverfahren ist daher einseitig (Paragraph 521 a, Absatz eins, ZPO; RW0000918).

4. Der angefochtene Beschluss ist (hinsichtlich seiner Höhe) anfechtbar, weil der Gesamtbetrag der der Beklagten aufgetragenen Vorschüsse EUR 4.000 übersteigt (§§ 365 S 2, 332 Abs 2 ZPO). 4. Der angefochtene Beschluss ist (hinsichtlich seiner Höhe) anfechtbar, weil der Gesamtbetrag der der Beklagten aufgetragenen Vorschüsse EUR 4.000 übersteigt (Paragraphen 365, S 2, 332 Absatz 2, ZPO).

Rechtliche Beurteilung

5. Der Rekurs ist daher zulässig und ist im Sinn des Aufhebungsantrags auch berechtigt.

5.1 Die Beklagte releviert unter anderem, der aufgetragene Kostenvorschuss von EUR 115.200 sei unverhältnismäßig und die Höhe könne auch mit den Ausführungen des SV in der Kostenwarnung vom 13.3.2025 nicht nachvollzogen werden. Allein durch den Verweis auf den Umfang des Gerichtsakts sei die Höhe auch nicht nachvollziehbar, weil der zur Beurteilung der Ersatzvornahmen erforderliche Teil des Gerichtsakts nicht umfangreich sei. Da der SV bereits für die Kostenschätzung den gesamten Gerichtsakt gesichtet habe, sei davon auszugehen, dass er die relevanten Teile des Gerichtsakts heranziehen könne. Ein Kostenvorschuss von EUR 20.000 sei angemessen.

5.2 Der Betrag des Kostenvorschusses ist vom Gericht zu bestimmen (§ 365 ZPO). Die Höhe des einer Partei aufgetragenen Kostenvorschusses hat dem voraussichtlichen Aufwand des Sachverständigenbeweises zu entsprechen, somit den voraussichtlichen Arbeitsumfang des SV voll zu decken, darf nicht geringer, soll aber auch nicht höher sein. Der Richter hat bei der Bestimmung der Höhe des Kostenvorschusses grundsätzlich keinen Spielraum (Krammer in

Fasching/Konecny3 § 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 SV zu erwarten ist. Soweit erforderlich, hat das Erstgericht darüber Ermittlungen anzustellen (RS0132304). Es ist daher notwendig, den genauen Umfang des Auftrags an den SV festzulegen. Nach den relevanten Fragestellungen ist der Aufwand für die Erstattung des Gutachtens einzuschätzen. Dabei darf das Gericht die Einschätzung des SV über die Höhe seines Gebührenanspruchs nicht ungeprüft übernehmen. Es muss vor Beschlussfassung über den Kostenvorschuss den Parteien auch ermöglichen, sich zu der Stellungnahme des SV über den Kostenaufwand zu äußern. Ziehen diese die Kostenschätzung des SV in Zweifel, so hat der in Aussicht genommene SV zu den Einwänden der Parteien eine detaillierte Stellungnahme abzugeben, zu der den Parteien vor der Beschlussfassung eine Äußerungsmöglichkeit einzuräumen ist. Nur so erhalten die Parteien eine taugliche Grundlage zur Einschätzung des in ihre Prozessführungsüberlegungen einzubeziehenden Kostenaufwands (OLG Wien 12.10.2012, 2 R 179/12a, Sachverständige 2012, 214). Anhand des Kostenvorschusses sollen die Parteien nämlich eine realistische Grundlage für die Einschätzung erhalten, mit welchem Aufwand sie für die Erreichung ihres Prozessziels zu rechnen haben (RS0132304 [T3] = 16 Ok 6/18w).

5.2 Der Betrag des Kostenvorschusses ist vom Gericht zu bestimmen (Paragraph 365, ZPO). Die Höhe des einer Partei aufgetragenen Kostenvorschusses hat dem voraussichtlichen Aufwand des Sachverständigenbeweises zu entsprechen, somit den voraussichtlichen Arbeitsumfang des SV voll zu decken, darf nicht geringer, soll aber auch nicht höher sein. Der Richter hat bei der Bestimmung der Höhe des Kostenvorschusses grundsätzlich keinen Spielraum (Krammer in Fasching/Konecny3 Paragraph 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 SV zu erwarten ist. Soweit erforderlich, hat das Erstgericht darüber Ermittlungen anzustellen (RS0132304). Es ist daher notwendig, den genauen Umfang des Auftrags an den SV festzulegen. Nach den relevanten Fragestellungen ist der Aufwand für die Erstattung des Gutachtens einzuschätzen. Dabei darf das Gericht die Einschätzung des SV über die Höhe seines Gebührenanspruchs nicht ungeprüft übernehmen. Es muss vor Beschlussfassung über den Kostenvorschuss den Parteien auch ermöglichen, sich zu der Stellungnahme des SV über den Kostenaufwand zu äußern. Ziehen diese die Kostenschätzung des SV in Zweifel, so hat der in Aussicht genommene SV zu den Einwänden der Parteien eine detaillierte Stellungnahme abzugeben, zu der den Parteien vor der Beschlussfassung eine Äußerungsmöglichkeit einzuräumen ist. Nur so erhalten die Parteien eine taugliche Grundlage zur Einschätzung des in ihre Prozessführungsüberlegungen einzubeziehenden Kostenaufwands (OLG Wien 12.10.2012, 2 R 179/12a, Sachverständige 2012, 214). Anhand des Kostenvorschusses sollen die Parteien nämlich eine realistische Grundlage für die Einschätzung erhalten, mit welchem Aufwand sie für die Erreichung ihres Prozessziels zu rechnen haben (RS0132304 [T3] = 16 Ok 6/18w).

5.3 Diesen Erfordernissen wird der angefochtene, der Beklagten ohne vorherige Äußerungsmöglichkeit über die Kostenschätzung des SV erteilte Erlagsauftrag nicht gerecht. Das Erstgericht hat seinem Beschluss die in der Stellungnahme des SV genannte pauschale Kostenschätzung ohne inhaltliche Überprüfung zugrunde gelegt und nicht begründet, wie es zu seiner Einschätzung bezüglich der Höhe der noch erforderlichen Kosten des Sachverständigenbeweises gelangt ist. Damit ist aber die Ermessensübung weder für die Parteien noch für die Rechtsmittelinstanz überprüfbar (vgl 16 Ok 5/18y).

5.3 Diesen Erfordernissen wird der angefochtene, der Beklagten ohne vorherige Äußerungsmöglichkeit über die Kostenschätzung des SV erteilte Erlagsauftrag nicht gerecht. Das Erstgericht hat seinem Beschluss die in der Stellungnahme des SV genannte pauschale Kostenschätzung ohne inhaltliche Überprüfung zugrunde gelegt und nicht begründet, wie es zu seiner Einschätzung bezüglich der Höhe der noch erforderlichen Kosten des Sachverständigenbeweises gelangt ist. Damit ist aber die Ermessensübung weder für die Parteien noch für die Rechtsmittelinstanz überprüfbar (vergleiche 16 Ok 5/18y).

Werden notwendige Erhebungen zum Aufwand des Sachverständigen für die Erstattung seines Gutachtens nicht durchgeführt, liegt ein Verfahrensmangel vor (RS0132304), den die Beklagte, wenngleich im Rahmen der Rechtsrüge, auch hinreichend deutlich rügt.

Die Erheblichkeit des Verfahrensmangels ist aufgrund der mangelnden Begründung des angefochtenen Beschlusses und der Ausführungen im Rekurs zur Nachvollziehbarkeit der Höhe der Gebührenschatzung hier offenkundig (vgl RS0116273 [T1, T5]). Die Erheblichkeit des Verfahrensmangels ist aufgrund der mangelnden Begründung des angefochtenen Beschlusses und der Ausführungen im Rekurs zur Nachvollziehbarkeit der Höhe der Gebührenschatzung hier offenkundig (vergleiche RS0116273 [T1, T5]).

5.4 Der angefochtene Beschluss war daher aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung – im zuvor dargestellten Sinn – aufzutragen.

5.5 Das Erstgericht hat den Gutachtensumfang durch die konkrete Fragestellung im Auftrag vom 11.12.2024 bereits ausreichend festgelegt. Aufgrund der pauschalen Angabe der voraussichtlichen Gebühren von EUR 115.200 ist jedoch nicht nachvollziehbar, welcher Aufwand mit der Beantwortung der zu den jeweiligen Themenkomplexen gestellten Fragen jeweils verbunden ist. Der SV wird daher in einem ersten Schritt aufzufordern sein, seinen Kostenaufwand auf die in Aussicht genommenen fünf Themenkomplexe aufzusplitten und eine detaillierte Stellungnahme zu den im Rekurs erhobenen Einwänden der Beklagten zur Höhe der Gebühren abzugeben. Vor neuerlicher Beschlussfassung über die Höhe des Erlagsauftrags wird den Parteien eine Äußerungsmöglichkeit zur Stellungnahme des SV einzuräumen sein.

5.6 Festzuhalten ist, dass – auch wenn nach Möglichkeit Einvernehmen über den Auftragsumfang herzustellen ist - von den Parteien vorgeschlagene Alternativen nur insoweit Berücksichtigung finden können, als damit sämtliche vom Erstgericht für seine Entscheidung notwendig erachteten Tatsachen durch eine vom SV für geeignet befundene Methode festgestellt werden können. Die Beurteilung der Notwendigkeit und des Umfangs des einzuholenden Gutachtens obliegt in dieser Phase des Verfahrens nicht dem Rekursgericht. Im Rekursverfahren über die Höhe des Kostenvorschusses sollen keine Vorentscheidungen für die meritorische Entscheidung in der Hauptsache gefasst werden (vgl OLG Wien 1 R 16/18g [Erw 3.1]). Gegen die Beauftragung eines SV und den Umfang dieses Auftrags ist ein abgesonderter Rekurs gerade nicht zulässig (vgl Schneider in Fasching/Konecny³ § 366 ZPO Rz 3). 5.6 Festzuhalten ist, dass – auch wenn nach Möglichkeit Einvernehmen über den Auftragsumfang herzustellen ist - von den Parteien vorgeschlagene Alternativen nur insoweit Berücksichtigung finden können, als damit sämtliche vom Erstgericht für seine Entscheidung notwendig erachteten Tatsachen durch eine vom SV für geeignet befundene Methode festgestellt werden können. Die Beurteilung der Notwendigkeit und des Umfangs des einzuholenden Gutachtens obliegt in dieser Phase des Verfahrens nicht dem Rekursgericht. Im Rekursverfahren über die Höhe des Kostenvorschusses sollen keine Vorentscheidungen für die meritorische Entscheidung in der Hauptsache gefasst werden vergleiche OLG Wien 1 R 16/18g [Erw 3.1]). Gegen die Beauftragung eines SV und den Umfang dieses Auftrags ist ein abgesonderter Rekurs gerade nicht zulässig vergleiche Schneider in Fasching/Konecny³ Paragraph 366, ZPO Rz 3).

6. Zur Kostenentscheidung:

§ 41 Abs 3 letzter Satz GebAG bestimmt, dass im Rechtsmittelverfahren gegen Beschlüsse, mit denen „eine Sachverständigengebühr bestimmt wird“, ein Kostenersatz nicht stattfindet. Paragraph 41, Absatz 3, letzter Satz GebAG bestimmt, dass im Rechtsmittelverfahren gegen Beschlüsse, mit denen „eine Sachverständigengebühr bestimmt wird“, ein Kostenersatz nicht stattfindet.

Der Rekursenat hat zu 1 R 99/22v (RW0000829) mit eingehender Begründung ausgesprochen, dass § 41 Abs 3 letzter Satz GebAG nicht auf die Entscheidung über Kostenvorschüsse anzuwenden ist, weil es sich dabei nicht um Beschlüsse handelt, "mit denen eine Sachverständigengebühr bestimmt" wird. Der Rekursenat hat zu 1 R 99/22v (RW0000829) mit eingehender Begründung ausgesprochen, dass Paragraph 41, Absatz 3, letzter Satz GebAG nicht auf die Entscheidung über Kostenvorschüsse anzuwenden ist, weil es sich dabei nicht um Beschlüsse handelt, "mit denen eine Sachverständigengebühr bestimmt" wird.

Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der in Obermaier, Kostenhandbuch⁴ Rz 1.114 (FN 506) zitierten Entscheidung zu 1 Ob 18/04k, die die Frage der Zulässigkeit des Revisionsrekurses im Zusammenhang mit dem Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses zur Abdeckung von Sachverständigengebühren behandelt. Nach § 528 Abs 2 Z 5 ZPO ist der Revisionsrekurs „über die Gebühren der Sachverständigen“ jedenfalls unzulässig. Dazu vertritt der Oberste Gerichtshof die Ansicht, dass ein Beschluss über die Gebühren von SV bei jedem gerichtlichen Ausspruch vorliegt, der sich auf die Gebühren bezieht, also auch beim Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses (vgl auch RS0017171 [T5]; 9 Ob 67/21z [6]). Da § 41 GebAG ausdrücklich auf Beschlüsse, mit denen „eine Sachverständigengebühr bestimmt wird“ Bezug nimmt, ist aus der Entscheidung zu 1 Ob 18/04k für die Frage des Kostenersatzes im Rekursverfahren nichts zu gewinnen. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der in Obermaier, Kostenhandbuch⁴ Rz 1.114 (FN 506) zitierten Entscheidung zu 1 Ob 18/04k, die die Frage der Zulässigkeit des Revisionsrekurses im Zusammenhang mit dem Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses zur Abdeckung von Sachverständigengebühren behandelt. Nach Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 5, ZPO ist der Revisionsrekurs „über die Gebühren der Sachverständigen“ jedenfalls unzulässig. Dazu

vertritt der Oberste Gerichtshof die Ansicht, dass ein Beschluss über die Gebühren von SV bei jedem gerichtlichen Ausspruch vorliegt, der sich auf die Gebühren bezieht, also auch beim Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses (vergleiche auch RS0017171 [T5]; 9 Ob 67/21z [6]). Da Paragraph 41, GebAG ausdrücklich auf Beschlüsse, mit denen „eine Sachverständigengebühr bestimmt wird“ Bezug nimmt, ist aus der Entscheidung zu 1 Ob 18/04k für die Frage des Kostenersatzes im Rekursverfahren nichts zu gewinnen.

Annerl (Kostenvorschuss und Rechtsmittel, ÖJZ 2023/12) tritt für eine analoge Anwendung des § 41 Abs 3 GebAG in dem seiner Ansicht nach dem Gebührenbestimmungsverfahren bloß vorgelagerten Verfahren über den Kostenvorschuss ein. Die Ermittlung der Höhe des Kostenvorschusses (und ihre Überprüfung im Rechtsmittelweg) liege auch ausschließlich im Interesse der Partei, der der Erlag aufgetragen worden sei, weil es nur um die vorläufige Kostentragung durch diese Partei gehe. Annerl (Kostenvorschuss und Rechtsmittel, ÖJZ 2023/12) tritt für eine analoge Anwendung des Paragraph 41, Absatz 3, GebAG in dem seiner Ansicht nach dem Gebührenbestimmungsverfahren bloß vorgelagerten Verfahren über den Kostenvorschuss ein. Die Ermittlung der Höhe des Kostenvorschusses (und ihre Überprüfung im Rechtsmittelweg) liege auch ausschließlich im Interesse der Partei, der der Erlag aufgetragen worden sei, weil es nur um die vorläufige Kostentragung durch diese Partei gehe.

Eine durch Analogie zu schließende planwidrige Regelungslücke in der ZPO im Verfahren über den Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses nach § 365 iVm § 332 Abs 2 ZPO (an dem der Sachverständige nicht beteiligt ist) liegt nach Ansicht des Rekursenats allerdings nicht vor. Es handelt sich hier im Hinblick auf die angedrohte Präklusionsfolge um einen verfahrensgestaltenden Beschluss über die weitere Beweisaufnahme und deren vorläufige Kostentragung. Dies betrifft das Prozessrechtsverhältnis zwischen den Streitteilen, nicht jedoch den Sachverständigen. Es sollte auch nicht insinuiert werden, dass die Bemessung des Vorschusses bereits eine „Vorstufe“ der Entscheidung über die Gebührenhöhe wäre, zumal sich der tatsächliche Aufwand einer Begutachtung erst nach Abschluss der Tätigkeit des SV beurteilen lässt. Die Überlegungen, die dazu geführt haben mögen, den außerhalb des Prozessrechtsverhältnisses stehenden SV bei erfolgreichen Rekursen der Parteien gegen seinen Gebührenanspruch nicht mit einer Ersatzpflicht für Rekurskosten zu belasten, treffen auf die hier vorliegende Konstellation nicht zu. Eine durch Analogie zu schließende planwidrige Regelungslücke in der ZPO im Verfahren über den Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses nach Paragraph 365, in Verbindung mit Paragraph 332, Absatz 2, ZPO (an dem der Sachverständige nicht beteiligt ist) liegt nach Ansicht des Rekursenats allerdings nicht vor. Es handelt sich hier im Hinblick auf die angedrohte Präklusionsfolge um einen verfahrensgestaltenden Beschluss über die weitere Beweisaufnahme und deren vorläufige Kostentragung. Dies betrifft das Prozessrechtsverhältnis zwischen den Streitteilen, nicht jedoch den Sachverständigen. Es sollte auch nicht insinuiert werden, dass die Bemessung des Vorschusses bereits eine „Vorstufe“ der Entscheidung über die Gebührenhöhe wäre, zumal sich der tatsächliche Aufwand einer Begutachtung erst nach Abschluss der Tätigkeit des SV beurteilen lässt. Die Überlegungen, die dazu geführt haben mögen, den außerhalb des Prozessrechtsverhältnisses stehenden SV bei erfolgreichen Rekursen der Parteien gegen seinen Gebührenanspruch nicht mit einer Ersatzpflicht für Rekurskosten zu belasten, treffen auf die hier vorliegende Konstellation nicht zu.

Es entspricht der hM, dass die Entscheidung über den Erlag eines Kostenvorschusses einer Kostenentscheidung gleichgesetzt wird, weshalb darüber auch in Senatsbesetzung (und nicht wie über Gebührenrekurse durch Einzelrichter) zu entscheiden ist (siehe Pkt 1.; Krammer in Fasching/Konecny³ § 365 ZPO Rz 31). Auch deshalb erscheint es nicht angezeigt, auf die Regelungen des GebAG zum Gebührenbestimmungsverfahren zurückzugreifen, welches im übrigen ein zweiseitiges Rechtsmittelverfahren vorsieht, das in Angelegenheiten der Kostenvorschüsse nach ständiger Rechtsprechung gerade nicht eintritt, zumal der Kostenvorschussauftrag als eine prozessleitende Verfügung im engeren Sinn angesehen wird und das Rekursverfahren daher einseitig geführt wird (siehe Pkt 3.). Es entspricht der hM, dass die Entscheidung über den Erlag eines Kostenvorschusses einer Kostenentscheidung gleichgesetzt wird, weshalb darüber auch in Senatsbesetzung (und nicht wie über Gebührenrekurse durch Einzelrichter) zu entscheiden ist (siehe Pkt 1.; Krammer in Fasching/Konecny³ Paragraph 365, ZPO Rz 31). Auch deshalb erscheint es nicht angezeigt, auf die Regelungen des GebAG zum Gebührenbestimmungsverfahren zurückzugreifen, welches im übrigen ein zweiseitiges Rechtsmittelverfahren vorsieht, das in Angelegenheiten der Kostenvorschüsse nach ständiger Rechtsprechung gerade nicht eintritt, zumal der Kostenvorschussauftrag als eine prozessleitende Verfügung im engeren Sinn angesehen wird und das Rekursverfahren daher einseitig geführt wird (siehe Pkt 3.).

Dass die Rekurskosten weitere Verfahrenskosten sind, ergibt sich aus §§ 40 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO. Ein selbstständiger Zwischenstreit iSd § 52 Abs 1 letzter Satz ZPO liegt nicht vor. Dass die Rekurskosten weitere Verfahrenskosten sind,

ergibt sich aus Paragraphen 40, Absatz eins, 50, Absatz eins, ZPO. Ein selbstständiger Zwischenstreit iSd Paragraph 52, Absatz eins, letzter Satz ZPO liegt nicht vor.

Textnummer

EW2559

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OLG0009:2025:00100R00050.25T.0422.000

Im RIS seit

06.06.2025

Zuletzt aktualisiert am

06.06.2025

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at