

# TE OGH 2002/1/24 8Ob61/00d

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 24.01.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Langer, Dr. Rohrer, Dr. Spenling und Dr. Kuras als weitere Richter in der Rechtssache des Antragstellers Andreas H\*\*\*\*\*, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Rechtsanwälte in Wien, wider die Antragsgegnerin C.\*\*\*\*\* Handels- und BaugesmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Lutz Hötzl und Dr. Manfred Michalek, Rechtsanwälte in Wien, wegen Beweissicherung, infolge Revisionsrekurses des Antragsgegners gegen den Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 9. Mai 2000, GZ 37 R 725/99p-24, mit dem der Rekurs gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes Döbling vom 26. Mai 1999, GZ 18 Nc 6/99g-3, zurückgewiesen wurde, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Revisionsrekurswerberin hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Das Erstgericht beschloss antragsgemäß die Beweissicherung durch Einholung eines schriftlichen "Befundes" eines Sachverständigen über den Zustand einer bestimmten Stapelparkergrube sowie darüber, welche Ursachen eventuell festgestellte Mängel hätten, welche technischen Möglichkeiten zur Beseitigung der festgestellten Mängel bestünden und wie hoch die Kosten der Beseitigung dieser Mängel seien. In dem dagegen erhobenen Rekurs wendet sich die Antragsgegnerin gegen den Auftrag des Erstgerichtes an den Sachverständigen, ein Gutachten zu erstatten, mit dem Argument, im Verfahren zur Beweissicherung durch Sachverständige sei lediglich die Befundaufnahme vorzunehmen. Hierauf schränkte das Erstgericht fernmündlich den Auftrag an den Sachverständigen auf die eigentliche Befundaufnahme ein, der auch nur in diesem Umfang in der Folge tätig wurde.

Den dennoch vorgelegten Rekurs der Antragsgegnerin wies das Rekursgericht als unzulässig zurück, weil ein dem Beweissicherungsantrag stattgebender Beschluss gemäß § 386 Abs 4 ZPO jedenfalls unanfechtbar sei, und sprach über Ergänzungsauftrag des Obersten Gerichtshofes aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 52.000,-- nicht aber S 260.000,-- übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels oberstgerichtlicher Rechtsprechung zur entscheidungswesentlichen Frage zulässig sei. Den dennoch vorgelegten Rekurs der Antragsgegnerin wies das Rekursgericht als unzulässig zurück, weil ein dem Beweissicherungsantrag stattgebender Beschluss gemäß Paragraph 386, Absatz 4, ZPO jedenfalls unanfechtbar sei, und sprach über Ergänzungsauftrag des Obersten Gerichtshofes aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 52.000,-- nicht aber S 260.000,-- übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels oberstgerichtlicher Rechtsprechung zur entscheidungswesentlichen Frage zulässig sei.

## Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil der Oberste Gerichtshof zwar in anderen Fallkonstellationen vom grundsätzlichen Ausschluss einer Rechtsmittelmöglichkeit gegen die Beweissicherung bewilligende Beschlüsse ausging (7 Ob 621/87, 8 Ob 648/89 = NRsp 1990/34; 7 Ob 609/94), zu der hier vorliegenden Fallkonstellation, ob ein Beschluss, mit dem über die Befundnahme hinaus dem Sachverständigen die Gutachtenserstattung über Mängelursachen, Mängelbeseitigung und allfällige Kosten der Mängelbeseitigung aufgetragen wird, anfechtbar sei, aber oberstgerichtliche Rechtsprechung fehlt; der Revisionsrekurs ist aber in der Sache nicht berechtigt. Es ist zwar die ständige Rechtsprechung der Rekursgerichte, dass im Verfahren zur Beweissicherung durch Sachverständige ausschließlich die Befundnahme vorzunehmen ist, die Erstattung eines Gutachtens über strittige Fragen jedoch nicht Gegenstand eines Beweissicherungsverfahrens ist (MGA ZPO15 § 384 E 11 mwN, zB LG Wien 16. 2. 1988, WR 319, kritisch hiezu Rechberger in Rechberger Komm ZPO2 Rz 5 zu § 384 ZPO), zu teilen, doch sagt dies nichts darüber aus, ob ein gegen diesen Grundsatz verstößender, den eigentlichen Zweck des Beweissicherungsverfahrens überschreitender bewilligender Beschluss wegen des generellen Rechtsmittelausschlusses des § 386 Abs 4 ZPO (in diesem Sinn Fasching Komm ZPO III 539; Rechberger in Rechberger Komm ZPO2 Rz 4 zu § 386) jedenfalls unanfechtbar ist. Bei der Beweissicherung handelt es sich um eine Art Provisionialverfahren mit dem Ziel, den gegenwärtigen Zustand festzuhalten. In einem solchen Fall entspricht es der Verfahrensökonomie, keinen weiteren Rechtszug gegen eine bewilligende Maßnahme des Gerichtes zuzulassen, weil dem Antragsgegner in dem allenfalls nachfolgenden Zivilrechtsstreit, in dem erst mit einem vermögenszuerkennenden bzw vermögenseinschränkenden Ergebnis zu rechnen ist, alle Rechtsmöglichkeiten ohnedies offenstehen (7 Ob 609/94). Hinzu kommt, dass dem Antragsgegner die notwendigen Kosten der Beteiligung am Beweissicherungsverfahren gemäß § 388 Abs 3 ZPO jedenfalls zu ersetzen sind, sodass er dadurch keinen Schaden erleidet. Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil der Oberste Gerichtshof zwar in anderen Fallkonstellationen vom grundsätzlichen Ausschluss einer Rechtsmittelmöglichkeit gegen die Beweissicherung bewilligende Beschlüsse ausging (7 Ob 621/87, 8 Ob 648/89 = NRsp 1990/34; 7 Ob 609/94), zu der hier vorliegenden Fallkonstellation, ob ein Beschluss, mit dem über die Befundnahme hinaus dem Sachverständigen die Gutachtenserstattung über Mängelursachen, Mängelbeseitigung und allfällige Kosten der Mängelbeseitigung aufgetragen wird, anfechtbar sei, aber oberstgerichtliche Rechtsprechung fehlt; der Revisionsrekurs ist aber in der Sache nicht berechtigt. Es ist zwar die ständige Rechtsprechung der Rekursgerichte, dass im Verfahren zur Beweissicherung durch Sachverständige ausschließlich die Befundnahme vorzunehmen ist, die Erstattung eines Gutachtens über strittige Fragen jedoch nicht Gegenstand eines Beweissicherungsverfahrens ist (MGA ZPO15 Paragraph 384, E 11 mwN, zB LG Wien 16. 2. 1988, WR 319, kritisch hiezu Rechberger in Rechberger Komm ZPO2 Rz 5 zu Paragraph 384, ZPO), zu teilen, doch sagt dies nichts darüber aus, ob ein gegen diesen Grundsatz verstößender, den eigentlichen Zweck des Beweissicherungsverfahrens überschreitender bewilligender Beschluss wegen des generellen Rechtsmittelausschlusses des Paragraph 386, Absatz 4, ZPO (in diesem Sinn Fasching Komm ZPO römisch III 539; Rechberger in Rechberger Komm ZPO2 Rz 4 zu Paragraph 386,) jedenfalls unanfechtbar ist. Bei der Beweissicherung handelt es sich um eine Art Provisionialverfahren mit dem Ziel, den gegenwärtigen Zustand festzuhalten. In einem solchen Fall entspricht es der Verfahrensökonomie, keinen weiteren Rechtszug gegen eine bewilligende Maßnahme des Gerichtes zuzulassen, weil dem Antragsgegner in dem allenfalls nachfolgenden Zivilrechtsstreit, in dem erst mit einem vermögenszuerkennenden bzw vermögenseinschränkenden Ergebnis zu rechnen ist, alle Rechtsmöglichkeiten ohnedies offenstehen (7 Ob 609/94). Hinzu kommt, dass dem Antragsgegner die notwendigen Kosten der Beteiligung am Beweissicherungsverfahren gemäß Paragraph 388, Absatz 3, ZPO jedenfalls zu ersetzen sind, sodass er dadurch keinen Schaden erleidet.

Da vorliegendenfalls der Beweissicherungsbeschluss antragsgemäß erfolgte - und daher kein Fall vorliegt, in dem das Gericht antragslos entschieden hat und deshalb trotz des Rechtsmittelausschluss ein Rechtsmittel als zulässig angesehen werden könnte (vgl die Zulässigkeit eines Rekurses, wenn die Überweisung ohne gesetzliche Grundlage, etwa ohne Unzuständigkeitseinrede des Beklagten oder ohne Überweisungsantrag des Klägers erfolgte [Frauenberger in Rechberger Komm ZPO2 Rz 11 zu § 261 ZPO mwN] - , hat es aus den oben genannten Gründen bei der Unanfechtbarkeit eines die Beweissicherung bewilligenden Beschlusses zu bleiben, mag auch - wie hier - der Beweissicherungsantrag und der darüber ergehende Beschluss über die eigentliche Befundaufnahme hinausgehen und bereits Elemente eines Gutachtensauftrages enthalten. Der Gesetzgeber hat wegen der uU schwierigen Abgrenzung zwischen Befund und Gutachten sowie wegen des Provisionialcharakters des Beweissicherungsverfahrens eine Anfechtbarkeit des die Beweissicherung bewilligenden Beschlusses aus guten Gründen ausgeschlossen. Da

vorliegendenfalls der Beweissicherungsbeschluss antragsgemäß erfolgte - und daher kein Fall vorliegt, in dem das Gericht antragslos entschieden hat und deshalb trotz des Rechtsmittelausschluss ein Rechtsmittel als zulässig angesehen werden könnte vergleiche die Zulässigkeit eines Rekurses, wenn die Überweisung ohne gesetzliche Grundlage, etwa ohne Unzuständigkeitseinrede des Beklagten oder ohne Überweisungsantrag des Klägers erfolgte [Frauenberger in Rechberger Komm ZPO2 Rz 11 zu Paragraph 261, ZPO mwN] - , hat es aus den oben genannten Gründen bei der Unanfechtbarkeit eines die Beweissicherung bewilligenden Beschlusses zu bleiben, mag auch - wie hier - der Beweissicherungsantrag und der darüber ergehende Beschluss über die eigentliche Befundaufnahme hinausgehen und bereits Elemente eines Gutachtensauftrages enthalten. Der Gesetzgeber hat wegen der uU schwierigen Abgrenzung zwischen Befund und Gutachten sowie wegen des Provisorialcharakters des Beweissicherungsverfahrens eine Anfechtbarkeit des die Beweissicherung bewilligenden Beschlusses aus guten Gründen ausgeschlossen.

Ein allfällig auftragsgemäß erstattetes, über die Befundaufnahme hinausgehendes Gutachten (das vorliegendenfalls nicht erstattet wurde) wäre im (hier gar nicht bei Gericht anhängig gemachten) Prozess unbeachtlich. Darüber, ob es im nachfolgenden Prozess bei einem entsprechenden Gutachtensauftrag, der im Prozess erteilt wurde, verwertbar wäre, ist hier ebensowenig abzusprechen, wie über die vom Revisionsrekurswerber aufgeworfene - rein theoretische - Frage, was rechtens sein solle, wenn in einem Beweissicherungsbeschluss über ein im Beweissicherungsantrag enthaltenes Zahlungsbegehr abgesprochen würde.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 40, 50 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 40., 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E64461 8Ob61.00d-2

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2002:0080OB00061.00D.0124.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20020124\_OGH0002\_0080OB00061\_00D0000\_000

**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](http://www.jusline.at)