jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE OGH 1998/9/2 13Ra39/98b

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 02.09.1998

**Norm**

ZPO §365
GEG §3

1. ZPO § 365 heute
2. ZPO § 365 gültig ab 01.12.1973 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 569/1973

1. GEG § 3 heute
2. GEG § 3 gültig ab 14.01.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 19/2015
3. GEG § 3 gültig von 01.07.2009 bis 13.01.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 52/2009
4. GEG § 3 gültig von 01.01.1995 bis 30.06.2009 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 623/1994
5. GEG § 3 gültig von 01.01.1985 bis 31.12.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 501/1984

**Kopf**

Beschluß

Das Oberlandesgericht Innsbruck als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen hat durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Delle-Karth als Vorsitzenden sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Hörbiger und Dr. Kerl als weitere Mitglieder des Senates in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Franz R*****, vertreten durch Dr. Thaddäus Schäfer und Mag. Peter Prechtl, Rechtsanwälte in 6020 Innsbruck, wider die beklagte Partei F*****, vertreten durch Dr. Hansjörg Mader, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, wegen Zahlung von S 90.394,72 s.A. infolge Rekurses des Klägers gegen den Beschluß des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 17.7.1998, 45 Cga 227/96t-26, in nicht öffentlicher Sitzung beschlossen:

**Spruch**

Dem Rekurs wird F o l g e gegeben und der angefochtene Beschluß in seinem Punkte 3) (Auftrag an die klagende Partei zum Erlag eines Kostenvorschusses) ersatzlos aufgehoben.

Die Kosten des Rekurses sind weitere Verfahrenskosten.

**Text**

Begründung:

Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist u.a. die Frage, ob und in welchem Umfang der Kläger, der als Kraftfahrer für die beklagte Partei vor allem Flugtransfers von Innsbruck nach München oder Salzburg und zurück durchführte, während seiner Aufenthalte im jeweiligen Flughafengelände Überstundenleistungen erbrachte.

Mit dem nunmehr angefochtenen Beschluß ergänzte das Erstgericht den bei der Streitverhandlung am 5.8.1997 gefaßten Beweisbeschluß dahin, daß "zum Beweis der geltend gemachten Überstunden ein buchhalterisches Gutachten aufgenommen wird" (Pkt 1 des Tenors). Weiters wurde Herr Raimund Z***** zum Sachverständigen

bestellt (Pkt 2 des Beschlusses). Schließlich wurde dem Kläger gemäß § 365 ZPO hinsichtlich des einzuholenden Gutachtens der Erlag eines Kostenvorschusses in Höhe von S 40.000,-- binnen 14 Tagen aufgetragen (Pkt 3 des Tenors).Mit dem nunmehr angefochtenen Beschluß ergänzte das Erstgericht den bei der Streitverhandlung am 5.8.1997 gefaßten Beweisbeschluß dahin, daß "zum Beweis der geltend gemachten Überstunden ein buchhalterisches Gutachten aufgenommen wird" (Pkt 1 des Tenors). Weiters wurde Herr Raimund Z***** zum Sachverständigen bestellt (Pkt 2 des Beschlusses). Schließlich wurde dem Kläger gemäß Paragraph 365, ZPO hinsichtlich des einzuholenden Gutachtens der Erlag eines Kostenvorschusses in Höhe von S 40.000,-- binnen 14 Tagen aufgetragen (Pkt 3 des Tenors).

Das Erstgericht begründete diese Entscheidung u.a. damit, daß zur Klärung insbesondere des Ausmaßes der vom Kläger verrichteten Überstunden umfangreiche Erhebungen auch durch Einsichtnahme in die Geschäfts- und Buchhaltungsunterlagen der Beklagten erforderlich seien, weshalb es der Beiziehung eines buchhalterischen Sachverständigen bedürfe. Die Anordnung eines Kostenvorschusses stütze sich auf § 365 ZPO. Werde wie im vorliegenden Fall der Sachverständigenbeweis von Amts wegen beschlossen, so sei der Kostenvorschuß der Partei aufzutragen, die die Beweislast treffe. Da der Kläger Ansprüche aus behaupteten Überstunden geltend mache, sei er als Beweisführer im Sinn des § 365 ZPO anzusehen.Das Erstgericht begründete diese Entscheidung u.a. damit, daß zur Klärung insbesondere des Ausmaßes der vom Kläger verrichteten Überstunden umfangreiche Erhebungen auch durch Einsichtnahme in die Geschäfts- und Buchhaltungsunterlagen der Beklagten erforderlich seien, weshalb es der Beiziehung eines buchhalterischen Sachverständigen bedürfe. Die Anordnung eines Kostenvorschusses stütze sich auf Paragraph 365, ZPO. Werde wie im vorliegenden Fall der Sachverständigenbeweis von Amts wegen beschlossen, so sei der Kostenvorschuß der Partei aufzutragen, die die Beweislast treffe. Da der Kläger Ansprüche aus behaupteten Überstunden geltend mache, sei er als Beweisführer im Sinn des Paragraph 365, ZPO anzusehen.

Gegen diesen Beschluß richtet sich der Rekurs des Klägers mit dem primären Antrag, in Stattgebung des Rechtsmittels den Pkt 3 des Beschlusses dahingehend abzuändern, daß dem Kläger kein Kostenvorschuß auferlegt werde. Hilfsweise wird die Aufhebung des bekämpften Beschlusses und ein Auftrag an das Erstgericht zur Fortsetzung der Verhandlung "ohne buchhalterisches Gutachten" angestrebt.

Der Rekurs, über den der erkennende Senat gemäß § 11 Abs 2 Z 2 lit a ASGG ohne Beiziehung der fachmännischen Laienrichter zu entscheiden hatte, ist berechtigt.Der Rekurs, über den der erkennende Senat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, Litera a, ASGG ohne Beiziehung der fachmännischen Laienrichter zu entscheiden hatte, ist berechtigt.

Soweit der Rekurswerber die Sinnhaftigkeit und Zweckdienlichkeit des Sachverständigengutachtens in Frage stellt sowie die ohne Anhörung der Parteien erfolgte Bestellung des Sachverständigen rügt, ist ihm entgegenzuhalten, daß beide Beschlußteile einen integrierenden Teil des Beweisbeschlusses bilden und deshalb gemäß den §§ 2 Abs 1 ASGG, 277 Abs 4 und 291 Abs 1 ZPO nicht abgesondert anfechtbar sind (Rechberger in Rechberger KommzZPO Rz 5 zu § 351 mwN). Ein solcherart "aufgeschobener" Rekurs wäre nun allerdings gemäß § 515 ZPO iV mit dem Rechtsmittel gegen den in die Entscheidung aufgenommenen Auftrag an den Kläger zum Erlag eines Kostenvorschusses von S 40.000,-- zulässig (vgl RZ 1967, 92). Die Berechtigung des ergänzenden Beweisbeschlusses sowie der Sachverständigenbestellung muß an dieser Stelle aber nicht beurteilt werden, weil der Kläger in seinem primären und auch berechtigten Rekursantrag allein den Wegfall des ihm erteilten Auftrages zum Erlag des Kostenvorschusses begehrt.Soweit der Rekurswerber die Sinnhaftigkeit und Zweckdienlichkeit des Sachverständigengutachtens in Frage stellt sowie die ohne Anhörung der Parteien erfolgte Bestellung des Sachverständigen rügt, ist ihm entgegenzuhalten, daß beide Beschlußteile einen integrierenden Teil des Beweisbeschlusses bilden und deshalb gemäß den Paragraphen 2, Absatz eins, ASGG, 277 Absatz 4 und 291 Absatz eins, ZPO nicht abgesondert anfechtbar sind (Rechberger in Rechberger KommzZPO Rz 5 zu Paragraph 351, mwN). Ein solcherart "aufgeschobener" Rekurs wäre nun allerdings gemäß Paragraph 515, ZPO iV mit dem Rechtsmittel gegen den in die Entscheidung aufgenommenen Auftrag an den Kläger zum Erlag eines Kostenvorschusses von S 40.000,-- zulässig vergleiche RZ 1967, 92). Die Berechtigung des ergänzenden Beweisbeschlusses sowie der Sachverständigenbestellung muß an dieser Stelle aber nicht beurteilt werden, weil der Kläger in seinem primären und auch berechtigten Rekursantrag allein den Wegfall des ihm erteilten Auftrages zum Erlag des Kostenvorschusses begehrt.

Insoweit ist der Rekurs auch berechtigt.

**Rechtliche Beurteilung**

Gemäß § 365 ZPO hat das Gericht dem Beweisführer, der nicht die Verfahrenshilfe genießt, den Erlag eines bestimmten Betrages eines Kostenvorschusses zur Deckung der Kosten eines Sachverständigen innerhalb einer bestimmten Frist aufzutragen. Ein solcher Auftrag ist gemäß den Bestimmungen der §§ 365, 332 Abs 2 ZPO anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse S 30.000,-- übersteigt.Gemäß Paragraph 365, ZPO hat das Gericht dem Beweisführer, der nicht die Verfahrenshilfe genießt, den Erlag eines bestimmten Betrages eines Kostenvorschusses zur Deckung der Kosten eines Sachverständigen innerhalb einer bestimmten Frist aufzutragen. Ein solcher Auftrag ist gemäß den Bestimmungen der Paragraphen 365,, 332 Absatz 2, ZPO anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse S 30.000,-- übersteigt.

Nun ist dem Erstgericht zwar darin beizupflichten, daß ein Teil der Rechtsprechung zweitinstanzlicher Gerichte vor allem gestützt auf § 3 GEG den Standpunkt vertritt, daß auch bei amtswegiger Aufnahme des Sachverständigenbeweises ein Kostenvorschuß dem Beweispflichtigen (OLG Wien EFSlg 5.546) oder jener Partei aufzuerlegen ist, "in deren Interesse" der Sachverständigenbeweis durchgeführt werden soll (LGZ Wien EFSlg 7.229; OLG Wien EFSlg 20.771; LGZ Wien WR 218).Nun ist dem Erstgericht zwar darin beizupflichten, daß ein Teil der Rechtsprechung zweitinstanzlicher Gerichte vor allem gestützt auf Paragraph 3, GEG den Standpunkt vertritt, daß auch bei amtswegiger Aufnahme des Sachverständigenbeweises ein Kostenvorschuß dem Beweispflichtigen (OLG Wien EFSlg 5.546) oder jener Partei aufzuerlegen ist, "in deren Interesse" der Sachverständigenbeweis durchgeführt werden soll (LGZ Wien EFSlg 7.229; OLG Wien EFSlg 20.771; LGZ Wien WR 218).

Das Rekursgericht vermag sich dieser Judikaturlinie in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Lehre und der (veröffentlichten) Rechtsprechung nicht anzuschließen (vgl Fasching ZPR**2 Rz 1009; Rechberger/Simotta, Grundriß 4. Auflg Rz 638; Jelinek, Der Sachverständige im Zivilprozeß in Aicher-Funk, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben [1990] 45 [73]; Rechberger a.a.O. Rz 1 zu § 365; EvBl 1973/17; JBl 1968/627; EFSlg 23.112; 25.319; ZVR 1982/38 u.v.a.). Dies aus der Erwägung, daß ohne Parteienantrag ein Sachverständigenbeweis vom Gericht nur im Rahmen seiner Prozeßleitungsbefugnis gemäß § 183 Abs 1 Z 4 ZPO aufgenommen werden kann. Da in einem solchen Fall nicht die Streitteile, sondern das Gericht den Sachverständigen "braucht", kommt einer Partei von vorneherein nicht die Stellung eines Beweisführers im Sinn des § 365 ZPO zu, weshalb für die Auferlegung eines Kostenvorschusses nach dieser Gesetzesstelle kein Raum ist.Das Rekursgericht vermag sich dieser Judikaturlinie in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Lehre und der (veröffentlichten) Rechtsprechung nicht anzuschließen vergleiche Fasching ZPR**2 Rz 1009; Rechberger/Simotta, Grundriß 4. Auflg Rz 638; Jelinek, Der Sachverständige im Zivilprozeß in Aicher-Funk, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben [1990] 45 [73]; Rechberger a.a.O. Rz 1 zu Paragraph 365 ;, EvBl 1973/17; JBl 1968/627; EFSlg 23.112; 25.319; ZVR 1982/38 u.v.a.). Dies aus der Erwägung, daß ohne Parteienantrag ein Sachverständigenbeweis vom Gericht nur im Rahmen seiner Prozeßleitungsbefugnis gemäß Paragraph 183, Absatz eins, Ziffer 4, ZPO aufgenommen werden kann. Da in einem solchen Fall nicht die Streitteile, sondern das Gericht den Sachverständigen "braucht", kommt einer Partei von vorneherein nicht die Stellung eines Beweisführers im Sinn des Paragraph 365, ZPO zu, weshalb für die Auferlegung eines Kostenvorschusses nach dieser Gesetzesstelle kein Raum ist.

Die gegenteilige Rechtsprechung, der sich das Erstgericht anschloß, beruft sich zur Begründung ihres Standpunktes auf die Bestimmung des § 3 GEG. Demnach soll, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, die Vornahme jeder mit Kosten verbundenen Amtshandlung vom Erlag eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden. Diese Bestimmung gilt also nur subsidiär und ist die ZPO mit ihrem § 365 zweifellos als spezielle, die Anwendbarkeit des § 3 GEG ausschließende Vorschrift anzusehen (vgl auch Rechberger a.a.O. Rz 1 zu § 365 mwN).Die gegenteilige Rechtsprechung, der sich das Erstgericht anschloß, beruft sich zur Begründung ihres Standpunktes auf die Bestimmung des Paragraph 3, GEG. Demnach soll, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, die Vornahme jeder mit Kosten verbundenen Amtshandlung vom Erlag eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden. Diese Bestimmung gilt also nur subsidiär und ist die ZPO mit ihrem Paragraph 365, zweifellos als spezielle, die Anwendbarkeit des Paragraph 3, GEG ausschließende Vorschrift anzusehen vergleiche auch Rechberger a.a.O. Rz 1 zu Paragraph 365, mwN).

Auch die von einem Teil der österr. Lehre vertretene "Kompromißmeinung" dahin, daß bei einem amtswegig anzuordnenden Gutachten gemäß § 3 GEG ein Kostenvorschuß allerdings ohne Präklusionsfolgen aufzuerlegen ist, erscheint dem Rekursgericht nicht plausibel (Fucik in RZ 1987, 75; ders in RZ 1991, 182; Gamerith in ÖJZ 1972, 59). Dies

schon aus der Erwägung, daß eine rechtskundige oder anwaltlich vertretene Partei einen sanktionslosen Auftrag nicht erfüllen wird und es in diesem Falle später, somit mit vermeidbarer Verzögerung ohnedies zur Aufnahme des Sachverständigenbeweises kommen wird, wenn das Gericht einen solchen für erforderlich hält. Die damit hinausgeschobene Erledigung der Sache ist aber schon mit der besonders für Arbeits- und Sozialrechtssachen im § 39 Abs 1 ASGG normierten Pflicht des Gerichts zur besonderen Verfahrensbeschleunigung nicht vereinbarAuch die von einem Teil der österr. Lehre vertretene "Kompromißmeinung" dahin, daß bei einem amtswegig anzuordnenden Gutachten gemäß Paragraph 3, GEG ein Kostenvorschuß allerdings ohne Präklusionsfolgen aufzuerlegen ist, erscheint dem Rekursgericht nicht plausibel (Fucik in RZ 1987, 75; ders in RZ 1991, 182; Gamerith in ÖJZ 1972, 59). Dies schon aus der Erwägung, daß eine rechtskundige oder anwaltlich vertretene Partei einen sanktionslosen Auftrag nicht erfüllen wird und es in diesem Falle später, somit mit vermeidbarer Verzögerung ohnedies zur Aufnahme des Sachverständigenbeweises kommen wird, wenn das Gericht einen solchen für erforderlich hält. Die damit hinausgeschobene Erledigung der Sache ist aber schon mit der besonders für Arbeits- und Sozialrechtssachen im Paragraph 39, Absatz eins, ASGG normierten Pflicht des Gerichts zur besonderen Verfahrensbeschleunigung nicht vereinbar.

Der Auftrag an den Kläger zum Erlag eines Kostenvorschusses war sohin in Stattgebung des Rekurses ersatzlos zu beheben.

Der Kostenvorbehalt stützt sich auf § 52 Abs 1 ZPO. Trotz des Rekurserfolges sind die Rekurskosten als weitere Verfahrenskosten zu behandeln, da durch die Rekursentscheidung nicht ein Zwischenstreit zwischen den Parteien, sondern eine einseitige Auseinandersetzung des Klägers mit dem Erstgericht beendet wurde. Hatte aber die Gegenpartei keine rechtliche Einflußmöglichkeit auf die mit Rekurs bekämpfte Entscheidung, dann trifft sie gegenüber dem erfolgreichen Rekurswerber keine vom Ausgang des Verfahrens unabhängige Kostenersatzpflicht (Fasching Komm II 355).Der Kostenvorbehalt stützt sich auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO. Trotz des Rekurserfolges sind die Rekurskosten als weitere Verfahrenskosten zu behandeln, da durch die Rekursentscheidung nicht ein Zwischenstreit zwischen den Parteien, sondern eine einseitige Auseinandersetzung des Klägers mit dem Erstgericht beendet wurde. Hatte aber die Gegenpartei keine rechtliche Einflußmöglichkeit auf die mit Rekurs bekämpfte Entscheidung, dann trifft sie gegenüber dem erfolgreichen Rekurswerber keine vom Ausgang des Verfahrens unabhängige Kostenersatzpflicht (Fasching Komm römisch II 355).

**Anmerkung**

EI00072 13A00398

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLG0819:1998:0130RA00039.98B.0902.000

**Dokumentnummer**

JJT_19980902_OLG0819_0130RA00039_98B0000_000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at