

# TE OGH 2005/8/1 2R135/05v

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.08.2005

## Kopf

Das Oberlandesgericht Linz als Rekursgericht hat durch die Richter Dr. Paul AMAN als Vorsitzenden sowie Dr. Andreas NEUNDLINGER und Dr. Ulrike BOURCARD-TREDER in der Rechtssache der klagenden Partei V\*\*\*\*\*<sup>1</sup>, vertreten durch Dr. Heinz KOSENKI-WEHRLE, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei B\*\*\*\*\*<sup>2</sup>, vertreten durch Dr. Klaus PLÄTZER, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Unterlassung (Streitwert € 21.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert € 4.500,--) über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes Wels vom 6.7.2005, 4 Cg 54/04i-22, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

## Spruch

Der Rekurs wird zurückgewiesen, soweit er sich dagegen wendet, dass der Kostenvorschuss (nur) der klagenden Partei auferlegt wurde. Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben, soweit er die beträchtliche Höhe des aufgetragenen Kostenvorschusses bekämpft.

Die Rekursbeantwortung der beklagten Partei wird zurückgewiesen. Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

## Text

### Begründung:

Mit dem angefochtenen Beschluss bestellte das Erstgericht einen Sachverständigen aus dem Bereich „Biophysik, medizinische Geräte“ (Punkt 1), räumte den Parteien eine [mittlerweile ungenutzt verstrichene] Frist zur Erhebung von Einwendungen gegen die Person des Sachverständigen ein (Punkt 2) und trug dem Kläger auf, einen Kostenvorschuss von € 6.000,-- [zur Abdeckung der voraussichtlich auflaufenden Sachverständigengebühren] zu erlegen.

Gegen den Punkt 3 dieses Beschlusses richtet sich der Rekurs des Klägers aus den Rechtsmittelgründen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und der Mangelhaftigkeit des Verfahrens mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass der Kostenvorschuss der Beklagten, in eventu beiden Parteien zu gleichen Teilen auferlegt werde; schließlich wird hilfsweise der Antrag gestellt, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und dem Erstgericht aufzutragen, nach Einholung einer detaillierten Stellungnahme des Sachverständigen [zur voraussichtlichen Höhe der anfallenden Gebühren] neuerlich über den Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses zu entscheiden.

Die Beklagte erstattete eine Rekursbeantwortung.

Dem Rekurs ist zum einen Teil unzulässig, zum anderen Teil kommt ihm keine Berechtigung zu.

## Rechtliche Beurteilung

Zunächst ist auf die Frage einzugehen, inwieweit der angefochtene Beschluss überhaupt anfechtbar und damit einer inhaltlichen Überprüfung durch das Rekursgericht zugänglich ist. § 332 Abs 1 erster Satz und § 365 erster Satz ZPO ordnen an, dass das Gericht dem Beweisführer, sofern ihm nicht die Verfahrenshilfe bewilligt ist, den Erlag eines Kostenvorschusses zur Deckung des durch eine Zeugenvernehmung entstehenden bzw mit der Aufnahme des

Beweises durch Sachverständige verbundenen Aufwandes aufzutragen hat. Nach § 332 Abs 2 zweiter Satz ZPO ist der Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses für Zeugengebühren aufgetragen wird, nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse € 2.500,-- (im bezirksgerichtlichen Verfahren: € 1.250,--; § 440 Abs 6 ZPO) übersteigt. Gemäß § 365 zweiter Satz ZPO ist § 332 Abs 2 ZPO auf Anordnungen zum Erlag eines Kostenvorschusses für Sachverständigengebühren sinngemäß anzuwenden. Zunächst ist auf die Frage einzugehen, inwieweit der angefochtene Beschluss überhaupt anfechtbar und damit einer inhaltlichen Überprüfung durch das Rekursgericht zugänglich ist. Paragraph 332, Absatz eins, erster Satz und Paragraph 365, erster Satz ZPO ordnen an, dass das Gericht dem Beweisführer, sofern ihm nicht die Verfahrenshilfe bewilligt ist, den Erlag eines Kostenvorschusses zur Deckung des durch eine Zeugenvernehmung entstehenden bzw mit der Aufnahme des Beweises durch Sachverständige verbundenen Aufwandes aufzutragen hat. Nach Paragraph 332, Absatz 2, zweiter Satz ZPO ist der Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses für Zeugengebühren aufgetragen wird, nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse € 2.500,-- (im bezirksgerichtlichen Verfahren: € 1.250,--; Paragraph 440, Absatz 6, ZPO) übersteigt. Gemäß Paragraph 365, zweiter Satz ZPO ist Paragraph 332, Absatz 2, ZPO auf Anordnungen zum Erlag eines Kostenvorschusses für Sachverständigengebühren sinngemäß anzuwenden.

Die Rechtsmittelbeschränkung des § 332 Abs 2 zweiter Satz ZPO wurde durch die ZVN 1983 eingeführt (Art IV Z 54BGBI 1983/135). Im Bericht des Justizausschusses (1337 BlgNR 15. GP 13 f) finden sich dazu folgende Erwägungen: „Ob der Beschluss, mit dem einer Partei der Erlag eines Kostenvorschusses (zur Deckung der Kosten etwa einer Zeugenvernehmung oder eines Sachverständigen-Gutachtens) aufgetragen wird, anfechtbar ist, ist derzeit nicht ausdrücklich geregelt. Nach Meinung des OGH ist dieser Beschluss unanfechtbar; manche andere Gerichte lassen jedoch einen Rekurs zu. Besonders der Sachverständigenbeweis – für den die hier für den Zeugen aufgestellte Regelung kraft der Verweisung im § 365 ebenfalls gilt – erfordert oft hohe Kosten. Der einer Partei zur Deckung dieser Kosten aufgetragene Vorschuss kann für sie manchmal zu einer Prozesssperrre werden. Die Entscheidung, welche Partei beweispflichtig ist und welcher daher der Kostenvorschuss auferlegt wird, sowie die Schätzung der Höhe der voraussichtlich auflaufenden Kosten können daher für die betreffende Partei einschneidende wirtschaftliche Bedeutung haben; auf das Risiko, es auf eine Sachentscheidung ohne Sachverständigenbeweis ankommen zu lassen und diese dann wegen unrichtiger Entscheidung der Beweislastfrage anzufechten, kann sich eine Partei kaum einlassen. Andererseits würde es eine arge Prozessverzögerung bedeuten, wenn jeder Beschluss, mit dem einer Partei ein Kostenvorschuss aufgetragen wird, angefochten werden könnte. Der Ausschuss schlägt daher eine ausdrückliche Regelung dieser Frage vor, die einen Ausgleich zwischen dem Anliegen der Prozessbeschleunigung und dem Anliegen, eine erhebliche Beeinträchtigung der Rechtsverfolgung zu vermeiden, darstellt: Bis zu einem Betrag von 30.000 S, also der bezirksgerichtlichen Wertgrenze, soll ein solcher Beschluss unanfechtbar sein, darüber hinaus ist eine selbständige Anfechtung möglich. Um ein vernünftiges Verhältnis zum Streitwert und damit typischerweise auch zur Leistungsfähigkeit der Parteien herzustellen, soll diese Grenze für das bezirksgerichtliche Verfahren mit 15.000 S festgesetzt werden (siehe die betreffende Änderung des § 440). In diesen Rahmen werden einerseits die meisten Kostenvorschüsse fallen, er ist andererseits nicht so hoch, dass ein zu Unrecht aufgetragener Kostenvorschuss eine Partei an ihrer weiteren Rechtsverfolgung hindert.“ Die Rechtsmittelbeschränkung des Paragraph 332, Absatz 2, zweiter Satz ZPO wurde durch die ZVN 1983 eingeführt (Art römisch IV Ziffer 54, BGBI 1983/135). Im Bericht des Justizausschusses (1337 BlgNR 15. Gesetzgebungsperiode 13 f) finden sich dazu folgende Erwägungen: „Ob der Beschluss, mit dem einer Partei der Erlag eines Kostenvorschusses (zur Deckung der Kosten etwa einer Zeugenvernehmung oder eines Sachverständigen-Gutachtens) aufgetragen wird, anfechtbar ist, ist derzeit nicht ausdrücklich geregelt. Nach Meinung des OGH ist dieser Beschluss unanfechtbar; manche andere Gerichte lassen jedoch einen Rekurs zu. Besonders der Sachverständigenbeweis – für den die hier für den Zeugen aufgestellte Regelung kraft der Verweisung im Paragraph 365, ebenfalls gilt – erfordert oft hohe Kosten. Der einer Partei zur Deckung dieser Kosten aufgetragene Vorschuss kann für sie manchmal zu einer Prozesssperrre werden. Die Entscheidung, welche Partei beweispflichtig ist und welcher daher der Kostenvorschuss auferlegt wird, sowie die Schätzung der Höhe der voraussichtlich auflaufenden Kosten können daher für die betreffende Partei einschneidende wirtschaftliche Bedeutung haben; auf das Risiko, es auf eine Sachentscheidung ohne Sachverständigenbeweis ankommen zu lassen und diese dann wegen unrichtiger Entscheidung der Beweislastfrage anzufechten, kann sich eine Partei kaum einlassen. Andererseits würde es eine arge Prozessverzögerung bedeuten, wenn jeder Beschluss, mit dem einer Partei ein Kostenvorschuss aufgetragen wird, angefochten werden könnte. Der Ausschuss schlägt daher eine

ausdrückliche Regelung dieser Frage vor, die einen Ausgleich zwischen dem Anliegen der Prozessbeschleunigung und dem Anliegen, eine erhebliche Beeinträchtigung der Rechtsverfolgung zu vermeiden, darstellt: Bis zu einem Betrag von 30.000 S, also der bezirksgerichtlichen Wertgrenze, soll ein solcher Beschluss unanfechtbar sein, darüber hinaus ist eine selbständige Anfechtung möglich. Um ein vernünftiges Verhältnis zum Streitwert und damit typischerweise auch zur Leistungsfähigkeit der Parteien herzustellen, soll diese Grenze für das bezirksgerichtliche Verfahren mit 15.000 S festgesetzt werden (siehe die betreffende Änderung des Paragraph 440.). In diesen Rahmen werden einerseits die meisten Kostenvorschüsse fallen, er ist andererseits nicht so hoch, dass ein zu Unrecht aufgetragener Kostenvorschuss eine Partei an ihrer weiteren Rechtsverfolgung hindert.“

Fasching (Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts [1984], Rz 1009; ebenso in der 2. Auflage [1990]) führte zu diesem Thema aus, die Fassung der §§ 332 Abs 2 zweiter Satz, 365 zweiter Satz ZPO lasse anscheinend nur eine Anfechtung der Höhe des Vorschusses zu, verwehre aber offenbar die Prüfung der viel weiter gehenden Frage, ob überhaupt ein Sachverständiger zu bestellen und ob überhaupt ein Vorschuss zu leisten gewesen sei; die einzige sinnführende Auslegung dieser Anfechtungsbeschränkung müsse dazu führen, auch die Auferlegung des Kostenvorschusses an sich und damit auch die Frage, ob überhaupt ein Sachverständiger zu bestellen sei, für anfechtbar und überprüfbar zu halten, weil ja auch in diesem Fall die Höhe des auferlegten Vorschusses mitbetroffen sei; er wäre dann [nämlich wenn kein Sachverständiger zu bestellen sei] „mit Null“ zu bemessen. Rechberger (Kommentar zur ZPO [1994], § 365 Rz 4; ebenso in der 2. Auflage [2000]) schloss sich dieser Meinung an und lehrte gleichfalls, eine teleologische Auslegung müsse zur Zulässigkeit der Anfechtung mit der Begründung führen, es sei gar kein Sachverständiger zu bestellen, weil in diesem Fall der Vorschuss mit Null zu bemessen wäre. Dieselbe Argumentation findet sich ferner bei Rechberger/Simotta (Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren4 [1994], Rz 638; ebenso in der 5. Auflage [2000]; in der 6. Auflage [2003] wurde der entsprechende Passus allerdings ersatzlos weggelassen, was auf ein Abrücken von der früher vertretenen Ansicht hindeutet). Auch Deixler-Hübner (Fortschreitender Einsatz von Sachverständigen – Notwendigkeit oder Gefahr?, 2. Teil, RZ 1992, 276 [280]) wandte sich unter Berufung auf die ratio des Gesetzes dagegen, dass nunmehr die Frage, ob überhaupt ein Sachverständiger zu bestellen oder ein Vorschuss zu leisten sei, keiner Überprüfung zugänglich sei; mit der Einführung des § 332 Abs 2 zweiter Satz ZPO habe der Gesetzgeber keineswegs die Anfechtung bloß auf die Erlagshöhe beschränken, sondern – um der Prozessverschleppung vorzubeugen – einen Mindestbetrag festsetzen wollen, unter dem eine Anfechtung der Betragshöhe unzulässig sei; die Anfechtung des Beschlusses dem Grunde nach bleibe davon unberührt; durch die Novellierung des § 332 Abs 2 ZPO habe der Gesetzgeber lediglich explizit regeln wollen, dass die Anfechtung der Erlagshöhe nur mehr zulässig sei, wenn diese einen bestimmten Betrag übersteige. Dem trat Rüffler (Der Sachverständige im Zivilprozess [1995], 50 ff) unter Hinweis auf den klaren Wortlaut des § 332 Abs 2 zweiter Satz ZPO und mit dem Argument entgegen, dass die Gesetzesmaterialien zu dieser Frage kein eindeutiges Bild ergäben und deshalb keinen Rückschluss auf einen Willen des Gesetzgebers zuließen, wonach die erwähnte Bestimmung bloß die Anfechtbarkeit der Höhe des aufgetragenen Vorschusses einschränken solle. Fasching (Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts [1984], Rz 1009; ebenso in der 2. Auflage [1990]) führte zu diesem Thema aus, die Fassung der Paragraphen 332, Absatz 2, zweiter Satz, 365 zweiter Satz ZPO lasse anscheinend nur eine Anfechtung der Höhe des Vorschusses zu, verwehre aber offenbar die Prüfung der viel weiter gehenden Frage, ob überhaupt ein Sachverständiger zu bestellen und ob überhaupt ein Vorschuss zu leisten gewesen sei; die einzige sinnführende Auslegung dieser Anfechtungsbeschränkung müsse dazu führen, auch die Auferlegung des Kostenvorschusses an sich und damit auch die Frage, ob überhaupt ein Sachverständiger zu bestellen sei, für anfechtbar und überprüfbar zu halten, weil ja auch in diesem Fall die Höhe des auferlegten Vorschusses mitbetroffen sei; er wäre dann [nämlich wenn kein Sachverständiger zu bestellen sei] „mit Null“ zu bemessen. Rechberger (Kommentar zur ZPO [1994], Paragraph 365, Rz 4; ebenso in der 2. Auflage [2000]) schloss sich dieser Meinung an und lehrte gleichfalls, eine teleologische Auslegung müsse zur Zulässigkeit der Anfechtung mit der Begründung führen, es sei gar kein Sachverständiger zu bestellen, weil in diesem Fall der Vorschuss mit Null zu bemessen wäre. Dieselbe Argumentation findet sich ferner bei Rechberger/Simotta (Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren4 [1994], Rz 638; ebenso in der 5. Auflage [2000]; in der 6. Auflage [2003] wurde der entsprechende Passus allerdings ersatzlos weggelassen, was auf ein Abrücken von der früher vertretenen Ansicht hindeutet). Auch Deixler-Hübner (Fortschreitender Einsatz von Sachverständigen – Notwendigkeit oder Gefahr?, 2. Teil, RZ 1992, 276 [280]) wandte sich unter Berufung auf die ratio des Gesetzes dagegen, dass nunmehr die Frage, ob überhaupt ein Sachverständiger zu bestellen oder ein Vorschuss zu leisten sei, keiner Überprüfung zugänglich sei; mit

der Einfügung des Paragraph 332, Absatz 2, zweiter Satz ZPO habe der Gesetzgeber keineswegs die Anfechtung bloß auf die Erlagshöhe beschränken, sondern – um der Prozessverschleppung vorzubeugen – einen Mindestbetrag festsetzen wollen, unter dem eine Anfechtung der Betragshöhe unzulässig sei; die Anfechtung des Beschlusses dem Grunde nach bleibe davon unberührt; durch die Novellierung des Paragraph 332, Absatz 2, ZPO habe der Gesetzgeber lediglich explizit regeln wollen, dass die Anfechtung der Erlagshöhe nur mehr zulässig sei, wenn diese einen bestimmten Betrag übersteige. Dem trat Rüffler (Der Sachverständige im Zivilprozess [1995], 50 ff) unter Hinweis auf den klaren Wortlaut des Paragraph 332, Absatz 2, zweiter Satz ZPO und mit dem Argument entgegen, dass die Gesetzesmaterialien zu dieser Frage kein eindeutiges Bild ergäben und deshalb keinen Rückschluss auf einen Willen des Gesetzgebers zuließen, wonach die erwähnte Bestimmung bloß die Anfechtbarkeit der Höhe des aufgetragenen Vorschusses einschränken solle.

Die Rechtsprechung lehnte die Lehrmeinung von Fasching ausdrücklich ab. Das OLG Wien (16 R 144/86, REDOK 14.568) erachtete dessen Ansicht, dass auch die Frage, ob überhaupt ein Sachverständiger zu bestellen sei, grundsätzlich bekämpfbar sei, als im Gesetz nicht gedeckt; nach ständiger Rechtsprechung bilde die Bestellung und Auswahl eines Sachverständigen durch das Gericht einen Teil der Ausführung des Beweisbeschlusses, der gemäß § 277 Abs 4 ZPO nicht abgesondert bekämpfbar sei. In einer späteren Entscheidung (14 R 199/92, WR 576) kam dasselbe Rechtsmittelgericht zu dem Ergebnis, bis zum Erreichen der [beträchtlichen] Anfechtungsgrenze solle die verfahrensrechtliche Richtigkeit des Auftrags zum Erlag eines Kostenvorschusses – dem Anliegen der Prozessbeschleunigung Rechnung tragend – [in jeder Hinsicht, also auch dem Grunde nach] ungeprüft bleiben; der gegenteiligen Ansicht Faschings sei nicht zu folgen, weil dieser die nach dem Gesetz unüberprüfbare Richtigkeit des Erlagsauftrags im Ergebnis zunächst in den Bereich der Zulässigkeitsprüfung des Rekurses verlagern und bei Fehlen der Voraussetzungen des Auftrags nach § 365 ZPO über die dann zu bejahende Zulässigkeit dennoch beachten wolle; mit dieser Vorgangsweise werde jedoch der Regelungszweck des § 332 Abs 2 zweiter Satz ZPO vereitelt, bis zur Anfechtungsgrenze der Prozessbeschleunigung den Vorzug zu geben. Wiederum einige Jahre später sprach das OLG Wien (13 R 169/96k, SV 1997/1, 33) dezidiert aus, dass die Frage, wer Beweisführer und daher dem Grunde nach zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichtet sei, im Rekursverfahren nicht aufgeworfen werden könne; der klare Wortlaut des § 332 Abs 2 zweiter Satz ZPO lasse die von der Lehre gewünschte Interpretation nicht zu; zur Rechtfertigung dieser Rekursbeschränkung könne auch darauf verwiesen werden, dass die oft schwierig zu lösende Frage der Beweislastverteilung nicht schon in einem früheren Stadium des Rechtsstreits entschieden werden solle, und zwar noch dazu mit den Beschränkungen des Rekursverfahrens und bei fehlender Anfechtbarkeit der zweitinstanzlichen Entscheidung gemäß § 528 Abs 2 Z 5 ZPO. Kurz darauf bekräftigte das OLG Wien (18.4.1997, 15 R 62/97s; RIS-Justiz RW0000181) seinen Standpunkt, dass Aufträge zum Erlag eines Kostenvorschusses dem Grunde nach nicht anfechtbar seien; die in der zivilprozessualen Lehre vertretene Gegenansicht liefe auf eine Wiederbelebung des Beweisinterlokuts hinaus; das Rechtsmittelgericht könnte bei jeder Überschreitung der Wertgrenze angerufen werden, damit es seine Wohlmeinung über die gesamte vom Gutachten betroffene Sach- und Rechtslage nach dem jeweiligen Verfahrensstand abgabe; dies müsste zu arger Prozessverschleppung führen; darüber hinaus würde eine solche Auslegung – der Sache nach eine Analogie gegen den ausdrücklichen und unmissverständlichen Wortlaut des Gesetzes – gerade in Handelssachen zu vernünftig kaum lösbar Bindungsproblemen führen; würde nämlich die Meinung des Rechtsmittelgerichts im Beweisinterlokut nicht mit Bindungswirkung ausgestattet, sodass das Rechtsmittelgericht bei identer Sach- und Rechtslage seine Meinung anlässlich der Endentscheidung in der Hauptsache ändern könne, würde dies eine Zumutung für die rechtssuchenden Parteien darstellen; eine Bindung des Rechtsmittelgerichts auch für die Endentscheidung stünde aber nicht im Einklang mit der nichtigkeitsbewehrten Beiderseitigkeit des Berufungsverfahrens; in Handelssachen komme noch hinzu, dass die Gerichtsbesetzung im Berufungsverfahren von jener im Rekursverfahren über einen Kostenvorschuss abweiche; auch der Versuch, Kostenvorschüsse dem Grunde nach bekämpfbar zu machen, indem der Grund als Bemessungskriterium für die Höhe benutzt werde, führe nicht weiter, weil sich die Höhe des Vorschusses nur an der Quantität und Qualität der vom Sachverständigen zu erbringenden Leistung orientieren könne, nicht aber daran, ob ein solcher überhaupt zu bestellen gewesen sei. Das LGZ Wien (43 R 939/99b, EFSIg 90.965; 38 R 60/00f, MietSIg 52.742; 39 R 161/02v, MietSIg 54.645; 38 R 172/03f, MietSIg 55.684) vertritt gleichfalls in ständiger Rechtsprechung unter Berufung auf die soeben angeführten Entscheidungen und Argumente die Auffassung, dass der Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses [bei Überschreiten der Wertgrenze] nur der Höhe, nicht aber auch dem Grunde nach anfechtbar sei. Dasselbe gilt für das OLG Linz (zB 2.8.1988, 6 R 144/88; 9.6.1998, 6 R 94/98f; 8.1.1999, 4 R 235/98a). Die Rechtsprechung lehnte die Lehrmeinung von

Fasching ausdrücklich ab. Das OLG Wien (16 R 144/86, REDOK 14.568) erachtete dessen Ansicht, dass auch die Frage, ob überhaupt ein Sachverständiger zu bestellen sei, grundsätzlich bekämpfbar sei, als im Gesetz nicht gedeckt; nach ständiger Rechtsprechung bilde die Bestellung und Auswahl eines Sachverständigen durch das Gericht einen Teil der Ausführung des Beweisbeschlusses, der gemäß Paragraph 277, Absatz 4, ZPO nicht abgesondert bekämpfbar sei. In einer späteren Entscheidung (14 R 199/92, WR 576) kam dasselbe Rechtsmittelgericht zu dem Ergebnis, bis zum Erreichen der [betraglichen] Anfechtungsgrenze solle die verfahrensrechtliche Richtigkeit des Auftrags zum Erlag eines Kostenvorschusses – dem Anliegen der Prozessbeschleunigung Rechnung tragend – [in jeder Hinsicht, also auch dem Grunde nach] ungeprüft bleiben; der gegenteiligen Ansicht Faschings sei nicht zu folgen, weil dieser die nach dem Gesetz unüberprüfbare Richtigkeit des Erlagsauftrags im Ergebnis zunächst in den Bereich der Zulässigkeitsprüfung des Rekurses verlagern und bei Fehlen der Voraussetzungen des Auftrags nach Paragraph 365, ZPO über die dann zu bejahende Zulässigkeit dennoch beachten wolle; mit dieser Vorgangsweise werde jedoch der Regelungszweck des Paragraph 332, Absatz 2, zweiter Satz ZPO vereitelt, bis zur Anfechtungsgrenze der Prozessbeschleunigung den Vorzug zu geben. Wiederum einige Jahre später sprach das OLG Wien (13 R 169/96k, SV 1997/1, 33) deziidiert aus, dass die Frage, wer Beweisführer und daher dem Grunde nach zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichtet sei, im Rekursverfahren nicht aufgeworfen werden könne; der klare Wortlaut des Paragraph 332, Absatz 2, zweiter Satz ZPO lasse die von der Lehre gewünschte Interpretation nicht zu; zur Rechtfertigung dieser Rekursbeschränkung könne auch darauf verwiesen werden, dass die oft schwierig zu lösende Frage der Beweislastverteilung nicht schon in einem früheren Stadium des Rechtsstreits entschieden werden solle, und zwar noch dazu mit den Beschränkungen des Rekursverfahrens und bei fehlender Anfechtbarkeit der zweitinstanzlichen Entscheidung gemäß Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 5, ZPO. Kurz darauf bekräftigte das OLG Wien (18.4.1997, 15 R 62/97s; RIS-Justiz RW0000181) seinen Standpunkt, dass Aufträge zum Erlag eines Kostenvorschusses dem Grunde nach nicht anfechtbar seien; die in der zivilprozessualen Lehre vertretene Gegenansicht liefe auf eine Wiederbelebung des Beweisinterlokuts hinaus; das Rechtsmittelgericht könnte bei jeder Überschreitung der Wertgrenze angerufen werden, damit es seine Wohlmeinung über die gesamte vom Gutachten betroffene Sach- und Rechtslage nach dem jeweiligen Verfahrensstand abgabe; dies müsste zu arger Prozessverschleppung führen; darüber hinaus würde eine solche Auslegung – der Sache nach eine Analogie gegen den ausdrücklichen und unmissverständlichen Wortlaut des Gesetzes – gerade in Handelssachen zu vernünftig kaum lösbarer Bindungsproblemen führen; würde nämlich die Meinung des Rechtsmittelgerichts im Beweisinterlokut nicht mit Bindungswirkung ausgestattet, sodass das Rechtsmittelgericht bei identer Sach- und Rechtslage seine Meinung anlässlich der Endentscheidung in der Hauptsache ändern könne, würde dies eine Zumutung für die rechtssuchenden Parteien darstellen; eine Bindung des Rechtsmittelgerichts auch für die Endentscheidung stünde aber nicht im Einklang mit der nichtigkeitsbewehrten Beiderseitigkeit des Berufungsverfahrens; in Handelssachen komme noch hinzu, dass die Gerichtsbesetzung im Berufungsverfahren von jener im Rekursverfahren über einen Kostenvorschuss abweiche; auch der Versuch, Kostenvorschüsse dem Grunde nach bekämpfbar zu machen, indem der Grund als Bemessungskriterium für die Höhe benutzt werde, führe nicht weiter, weil sich die Höhe des Vorschusses nur an der Quantität und Qualität der vom Sachverständigen zu erbringenden Leistung orientieren könne, nicht aber daran, ob ein solcher überhaupt zu bestellen gewesen sei. Das LGZ Wien (43 R 939/99b, EFSIg 90.965; 38 R 60/00f, MietSIg 52.742; 39 R 161/02v, MietSIg 54.645; 38 R 172/03f, MietSIg 55.684) vertritt gleichfalls in ständiger Rechtsprechung unter Berufung auf die soeben angeführten Entscheidungen und Argumente die Auffassung, dass der Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses [bei Überschreiten der Wertgrenze] nur der Höhe, nicht aber auch dem Grunde nach anfechtbar sei. Dasselbe gilt für das OLG Linz (zB 2.8.1988, 6 R 144/88; 9.6.1998, 6 R 94/98f; 8.1.1999, 4 R 235/98a).

Mit Beschlüssen vom 14.9.2000 zu 17 R 142/00b und 17 R 187/00w (RIS-JustizRW0000061; WR 896) vertrat das OLG Wien die gegenteilige Ansicht, über der Anfechtungsgrenze von S 30.000,-- [jetzt €

2.500,--] sei nicht nur die Höhe des Kostenvorschusses, sondern auch die Beweispflicht überprüfbar. Es berief sich dazu auf den „Regelungszweck“; laut Ausschussbericht zur ZVN 1983 sei die Anfechtungsbeschränkung des § 332 Abs 2 zweiter Satz ZPO als Ausgleich zwischen dem Anliegen der Prozessbeschleunigung und dem Anliegen eingeführt worden, eine erhebliche Beeinträchtigung der Rechtsverfolgung desjenigen zu vermeiden, der nicht beweispflichtig sei und dennoch mit einem Kostenvorschuss belastet oder durch Überschätzung der Kosten benachteiligt werde. Dieser neue Standpunkt wurde in der Folge in einer weiteren Entscheidung (16 R 203/02v, RIS-Justiz RW0000073; WR 954 = bbl 2003/50 [78]) wiederholt und argumentativ ausgebaut; der Hinweis früherer Entscheidungen auf den klaren Gesetzeswortlaut übersehe, dass die Wortwahl im § 332 ZPO den Kostenvorschuss beim Zeugenbeweis regle, bei dem

die Überprüfung der Höhe deswegen im Vordergrund stehe, weil der Beweisführer regelmäßig unstrittig sei; § 365 ZPO ordne daher nur die sinngemäße Anwendung des § 332 Abs 2 ZPO an; eine solche habe sich aber am Regelungszweck und nicht allein am Wortlaut zu orientieren; auch die Argumentation mit der schwierig zu lösenden Beweislastfrage in einem einseitigen Rechtsmittelverfahren mit beschränkter Anfechtungsmöglichkeit unterlaufe geradezu den Regelungszweck, nicht erst im Nachhinein nach erfolgter Präklusion des Sachverständigenbeweises zu entscheiden, ob der Vorschussbelastete beweispflichtig sei; werde vom Erstgericht verlangt, diese schwierige Frage beim Kostenvorschussbeschluss zu entscheiden, so müsse das Rekursgericht dieser Frage umso mehr gewachsen sein; darüber hinaus sei die Frage der Beweispflicht nur eine der für die Belastung mit dem Kostenvorschuss bedeutsamen Voraussetzungen; denn in erster Linie sei jene Partei Beweisführer im Sinne des § 365 ZPO, die den Antrag gestellt habe.2.500,-] sei nicht nur die Höhe des Kostenvorschusses, sondern auch die Beweispflicht überprüfbar. Es berief sich dazu auf den „Regelungszweck“; laut Ausschussbericht zur ZVN 1983 sei die Anfechtungsbeschränkung des Paragraph 332, Absatz 2, zweiter Satz ZPO als Ausgleich zwischen dem Anliegen der Prozessbeschleunigung und dem Anliegen eingeführt worden, eine erhebliche Beeinträchtigung der Rechtsverfolgung desjenigen zu vermeiden, der nicht beweispflichtig sei und dennoch mit einem Kostenvorschuss belastet oder durch Überschätzung der Kosten benachteiligt werde. Dieser neue Standpunkt wurde in der Folge in einer weiteren Entscheidung (16 R 203/02v, RIS-Justiz RW0000073; WR 954 = bbl 2003/50 [78]) wiederholt und argumentativ ausgebaut; der Hinweis früherer Entscheidungen auf den klaren Gesetzeswortlaut übersehe, dass die Wortwahl im Paragraph 332, ZPO den Kostenvorschuss beim Zeugenbeweis regle, bei dem die Überprüfung der Höhe deswegen im Vordergrund stehe, weil der Beweisführer regelmäßig unstrittig sei; Paragraph 365, ZPO ordne daher nur die sinngemäße Anwendung des Paragraph 332, Absatz 2, ZPO an; eine solche habe sich aber am Regelungszweck und nicht allein am Wortlaut zu orientieren; auch die Argumentation mit der schwierig zu lösenden Beweislastfrage in einem einseitigen Rechtsmittelverfahren mit beschränkter Anfechtungsmöglichkeit unterlaufe geradezu den Regelungszweck, nicht erst im Nachhinein nach erfolgter Präklusion des Sachverständigenbeweises zu entscheiden, ob der Vorschussbelastete beweispflichtig sei; werde vom Erstgericht verlangt, diese schwierige Frage beim Kostenvorschussbeschluss zu entscheiden, so müsse das Rekursgericht dieser Frage umso mehr gewachsen sein; darüber hinaus sei die Frage der Beweispflicht nur eine der für die Belastung mit dem Kostenvorschuss bedeutsamen Voraussetzungen; denn in erster Linie sei jene Partei Beweisführer im Sinne des Paragraph 365, ZPO, die den Antrag gestellt habe.

Der Kläger nimmt nun in seinem Rekurs unter Verweis auf diese jüngere (offenbar aber nicht einhellige: vgl 3 R 131/03m, RIS-Justiz RW0000112) Rechtsprechung des OLG Wien den Standpunkt ein, angesichts des über € 2.500,- gelegenen Betrags des auferlegten Kostenvorschusses sei im vorliegenden Fall auch die Frage überprüfbar, ob er (oder die Beklagte) beweispflichtig (Beweisführer im Sinne des § 365 ZPO) und sohin mit dem Kostenvorschuss zu belasten sei. Diese Ansicht teilt der erkennende Senat des Rekursgerichtes jedoch nicht: Der Kläger nimmt nun in seinem Rekurs unter Verweis auf diese jüngere (offenbar aber nicht einhellige: vergleiche 3 R 131/03m, RIS-Justiz RW0000112) Rechtsprechung des OLG Wien den Standpunkt ein, angesichts des über € 2.500,- gelegenen Betrags des auferlegten Kostenvorschusses sei im vorliegenden Fall auch die Frage überprüfbar, ob er (oder die Beklagte) beweispflichtig (Beweisführer im Sinne des Paragraph 365, ZPO) und sohin mit dem Kostenvorschuss zu belasten sei. Diese Ansicht teilt der erkennende Senat des Rekursgerichtes jedoch nicht:

Der Wortlaut des § 332 Abs 2 zweiter Satz ZPO lässt an Klarheit und Eindeutigkeit nichts zu wünschen übrig; er kann ausschließlich dahin verstanden werden, dass der Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses unterhalb der Wertgrenze von € 2.500,- überhaupt nicht und im Falle einer Überschreitung dieser Wertgrenze „nur hinsichtlich seiner Höhe“ – also nicht auch dem Grunde nach zwecks Überprüfung der Person des Beweisführers bzw Beweispflichtigen – anfechtbar ist. Ein anderes, vom Gesetzeswortlaut abweichendes Verständnis ist auch durch einen Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien nicht zu erzielen. Zum einen enthält der Ausschussbericht keine ausdrückliche und unmissverständliche Aussage, dass beabsichtigt gewesen wäre, den Vorschussbeschluss (bei Überschreitung der Wertgrenze) auch dem Grunde nach anfechtbar zu machen. Zum anderen ist nach ständiger Rechtsprechung bei der Auslegung eines Gesetzes auf dessen Entstehungsgeschichte und dabei insbesondere auf die so genannten „Gesetzesmaterialien“ erst (und nur) dann zurückzugreifen, wenn die Ausdrucksweise des Gesetzes zweifelhaft ist. Ein Rechtssatz, der im Gesetz nicht einmal angedeutet ist, sondern sich nur aus den Materialien ergibt, kann auch nicht durch Auslegung Geltung erlangen. Vielmehr steht die Norm selbst mit ihrem Wortlaut, mit ihrer Systematik und in ihrem Zusammenhang mit anderen Normen über der Meinung der Redaktoren (OGH 4 Ob 50/00g, SZ 73/46 = EvBl 2000/150 [641] = JBI 2000, 653 mwN; 17.3.2005, 6 Ob 219/04f; RIS-Justiz RS0008776, RS0008799 und RS0008800). Aus

dem Umstand, dass § 365 zweiter Satz ZPO „nur die sinngemäße Anwendung“ des § 332 Abs 2 ZPO anordnet, können schon deshalb keine besonderen Rückschlüsse gezogen werden, weil diese Anordnung bereits vor Einführung der Rechtsmittelbeschränkung des § 332 Abs 2 zweiter Satz ZPO durch die ZVN 1983 bestanden hat und somit aus ihr nicht abgeleitet werden kann, dass die Grenzen der Anfechtbarkeit von Vorschussbeschlüssen bei Sachverständigengebühren anders zu sehen wären als bei Zeugengebühren. Der schon mit der ZVN 1983 verfolgten Intention der Prozessbeschleunigung wird vom Gesetzgeber nach wie vor große Bedeutung beigemessen, wie insbesondere die ZVN 2002 zeigt. Dieses Anliegen würde jedoch unterlaufen, würde man den Parteien die Möglichkeit eröffnen, die Rechtsmittelinstanz schon dann, wenn es bloß um die vorläufige Tragung der Kosten von Beweisaufnahmen geht, mit Fragen der Beweispflicht zu befassen, also darüber eine Art „Prozess im Prozess“ zu führen. Dazu kommt noch, dass die Lösung derartiger – potenziell auch für die Entscheidung in der Hauptsache bedeutsamer – Rechtsfragen in einem einseitigen Rekursverfahren über die Zuweisung der Kostenvorschusspflicht mitunter Probleme in Zusammenhang mit der Wahrung des rechtlichen Gehörs des Rekursgegners sowie hinsichtlich der Bindungswirkung der Rekursentscheidung für die Endentscheidung aufwerfen könnte. Der Wortlaut des Paragraph 332, Absatz 2, zweiter Satz ZPO lässt an Klarheit und Eindeutigkeit nichts zu wünschen übrig; er kann ausschließlich dahin verstanden werden, dass der Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses unterhalb der Wertgrenze von € 2.500,-- überhaupt nicht und im Falle einer Überschreitung dieser Wertgrenze „nur hinsichtlich seiner Höhe“ – also nicht auch dem Grunde nach zwecks Überprüfung der Person des Beweisführers bzw Beweispflichtigen – anfechtbar ist. Ein anderes, vom Gesetzeswortlaut abweichendes Verständnis ist auch durch einen Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien nicht zu erzielen. Zum einen enthält der Ausschussbericht keine ausdrückliche und unmissverständliche Aussage, dass beabsichtigt gewesen wäre, den Vorschussbeschluss (bei Überschreitung der Wertgrenze) auch dem Grunde nach anfechtbar zu machen. Zum anderen ist nach ständiger Rechtsprechung bei der Auslegung eines Gesetzes auf dessen Entstehungsgeschichte und dabei insbesondere auf die so genannten „Gesetzesmaterialien“ erst (und nur) dann zurückzugreifen, wenn die Ausdrucksweise des Gesetzes zweifelhaft ist. Ein Rechtssatz, der im Gesetz nicht einmal angedeutet ist, sondern sich nur aus den Materialien ergibt, kann auch nicht durch Auslegung Geltung erlangen. Vielmehr steht die Norm selbst mit ihrem Wortlaut, mit ihrer Systematik und in ihrem Zusammenhang mit anderen Normen über der Meinung der Redaktoren (OGH 4 Ob 50/00g, SZ 73/46 = EvBl 2000/150 [641] = JBI 2000, 653 mwN; 17.3.2005, 6 Ob 219/04f; RIS-Justiz RS0008776, RS0008799 und RS0008800). Aus dem Umstand, dass Paragraph 365, zweiter Satz ZPO „nur die sinngemäße Anwendung“ des Paragraph 332, Absatz 2, ZPO anordnet, können schon deshalb keine besonderen Rückschlüsse gezogen werden, weil diese Anordnung bereits vor Einführung der Rechtsmittelbeschränkung des Paragraph 332, Absatz 2, zweiter Satz ZPO durch die ZVN 1983 bestanden hat und somit aus ihr nicht abgeleitet werden kann, dass die Grenzen der Anfechtbarkeit von Vorschussbeschlüssen bei Sachverständigengebühren anders zu sehen wären als bei Zeugengebühren. Der schon mit der ZVN 1983 verfolgten Intention der Prozessbeschleunigung wird vom Gesetzgeber nach wie vor große Bedeutung beigemessen, wie insbesondere die ZVN 2002 zeigt. Dieses Anliegen würde jedoch unterlaufen, würde man den Parteien die Möglichkeit eröffnen, die Rechtsmittelinstanz schon dann, wenn es bloß um die vorläufige Tragung der Kosten von Beweisaufnahmen geht, mit Fragen der Beweispflicht zu befassen, also darüber eine Art „Prozess im Prozess“ zu führen. Dazu kommt noch, dass die Lösung derartiger – potenziell auch für die Entscheidung in der Hauptsache bedeutsamer – Rechtsfragen in einem einseitigen Rekursverfahren über die Zuweisung der Kostenvorschusspflicht mitunter Probleme in Zusammenhang mit der Wahrung des rechtlichen Gehörs des Rekursgegners sowie hinsichtlich der Bindungswirkung der Rekursentscheidung für die Endentscheidung aufwerfen könnte.

Aus diesen Gründen hält der erkennende Senat an der von ihm in ständiger Rechtsprechung (zuletzt 22.9.2004, 2 R 168/04w; 6.12.2004, 2 R 231/04k) vertretenen Auffassung fest, dass die Anfechtung von Beschlüssen, mit denen Kostenvorschüsse für Sachverständigengebühren aufgetragen werden, aufgrund der §§ 365 zweiter Satz, 332 Abs 2 zweiter Satz ZPO dem Grunde nach ausgeschlossen ist, selbst wenn die Wertgrenze von € 2.500,-- überschritten wird (in diesem Sinne auch Krammer in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>2</sup> III [2004], § 365 ZPO Rz 30). Damit ist aber der vorliegende Rekurs insoweit, als er eine vollständige oder auch nur 50 %-ige Verlagerung der Kostenvorschusspflicht auf die Beklagte anstrebt, unzulässig und deshalb zurückzuweisen. Aus diesen Gründen hält der erkennende Senat an der von ihm in ständiger Rechtsprechung (zuletzt 22.9.2004, 2 R 168/04w; 6.12.2004, 2 R 231/04k) vertretenen Auffassung fest, dass die Anfechtung von Beschlüssen, mit denen Kostenvorschüsse für Sachverständigengebühren aufgetragen werden, aufgrund der Paragraphen 365, zweiter Satz, 332 Absatz 2, zweiter

Satz ZPO dem Grunde nach ausgeschlossen ist, selbst wenn die Wertgrenze von € 2.500,-- überschritten wird (in diesem Sinne auch Krammer in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>2</sup> römisch III [2004], Paragraph 365, ZPO Rz 30). Damit ist aber der vorliegende Rekurs insoweit, als er eine vollständige oder auch nur 50 %-ige Verlagerung der Kostenvorschusspflicht auf die Beklagte anstrebt, unzulässig und deshalb zurückzuweisen.

Zulässig und inhaltlich zu behandeln ist hingegen der Rekurs, soweit er sich gegen die Höhe des auferlegten Kostenvorschusses wendet. Der Kläger bezweifelt zum einen, dass überhaupt eine Stellungnahme des Sachverständigen zu den voraussichtlichen Kosten des Gutachtens eingeholt wurde. Zum anderen meint er, die allfällige Bekanntgabe eines Pauschalbetrags von € 6.000,-- könne nicht Grundlage für den Auftrag zum Erlag eines entsprechenden Vorschusses sein; der Sachverständige habe vielmehr die aufzuwendenden Stunden detailliert zu veranschlagen und seinen (auf § 34 GebAG Bedacht nehmenden) Stundensatz offen zu legen. Aufgabe des Sachverständigen sei es, den Stand der Wissenschaft zum Beweisthema wiederzugeben; dass dessen Darlegung einen Kostenaufwand in Höhe von € 6.000,-- verursachen werde, sei zumindest nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht anzunehmen. Zulässig und inhaltlich zu behandeln ist hingegen der Rekurs, soweit er sich gegen die Höhe des auferlegten Kostenvorschusses wendet. Der Kläger bezweifelt zum einen, dass überhaupt eine Stellungnahme des Sachverständigen zu den voraussichtlichen Kosten des Gutachtens eingeholt wurde. Zum anderen meint er, die allfällige Bekanntgabe eines Pauschalbetrags von € 6.000,-- könne nicht Grundlage für den Auftrag zum Erlag eines entsprechenden Vorschusses sein; der Sachverständige habe vielmehr die aufzuwendenden Stunden detailliert zu veranschlagen und seinen (auf Paragraph 34, GebAG Bedacht nehmenden) Stundensatz offen zu legen. Aufgabe des Sachverständigen sei es, den Stand der Wissenschaft zum Beweisthema wiederzugeben; dass dessen Darlegung einen Kostenaufwand in Höhe von € 6.000,-- verursachen werde, sei zumindest nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht anzunehmen.

Entgegen den Vermutungen des Klägers liegt eine ausführliche Stellungnahme des bestellten Sachverständigen vom 30.5.2005 über die Höhe der voraussichtlichen Gutachtenskosten vor (ON 20). Er führt darin aus, dass ein tragfähiges Gutachten über den Stand der Wissenschaft bezüglich der Beurteilung der Wärmewirkung von Infrarot-Strahlung bei rund 20 verschiedenen Krankheiten bzw. hinsichtlich einer anhaltenden Gewichtsabnahme auf folgenden Fundamenten stehen müsse: 1) Wirkung von Infrarot auf den Körper – allgemeine physikalische Aspekte, 2) Wirkung von Infrarot auf den Körper – biophysikalische Aspekte und klassische Anwendungen im Rahmen der physikalischen Therapie, 3) physikalische Eigenschaften der gegenständlichen Geräte, 4) biophysikalische Eigenschaften der gegenständlichen Geräte sowie 5) Überprüfung, bei welchen der angeführten Krankheiten eine Infrarot-Therapie als positiv auf den Krankheitsverlauf wirksam nachgewiesen ist. Da die Zahl der international vorliegenden Untersuchungen zur Infrarot-Therapie enorm groß sei, werde die Analyse auf die bedeutendsten medizinischen Fachzeitschriften zu beschränken, dennoch aber der Aufwand für das Gutachten beträchtlich sein. Zu veranschlagen seien etwa 15 bis 20 Stunden à € 45,-- (zuzüglich 20 % USt) für Literaturrecherchen (englischsprachig) und Exzerption, rund 15 bis 20 Stunden à € 135,-- (zuzüglich 20 % USt) für die Erstellung von Befund und Gutachten, weitere 2 bis 8 Stunden zum selben Tarif für eventuell erforderliche Kontaktaufnahmen mit Spezialisten der einzelnen Krankheitsbereiche sowie Nebenkosten. Der Nettostundensatz von € 135,-- sei der vom Sachverständigen seit Jahren in Rechnung gestellte Betrag für Gerichtsgutachten (90 % von € 150,-- für konzeptive Aufgaben nach der Ziviltechniker-Gebührenordnung, Tarif Kat. A).

Wenn man nun die Obergrenzen der veranschlagten Arbeitsstunden heranzieht, sie mit den angeführten Stundensätzen multipliziert und dann noch die Umsatzsteuer hinzuschlägt, errechnet sich ein Gebührenbetrag von € 5.616,--. Unter Berücksichtigung der noch hinzukommenden Nebenkosten liegt sohin der aufgetragene Kostenvorschuss (€ 6.000,--) durchaus im Bereich des nach der Kostenschätzung des Sachverständigen möglichen Gesamtbetrags der voraussichtlich anfallenden Gebühren. Anhaltspunkte dafür, dass der Umfang der Arbeitsstunden zu hoch veranschlagt worden wäre, liegen nicht vor. Ebenso wenig kann aufgrund der derzeitigen Aktenlage gesagt werden, dass die zugrunde gelegten Stundensätze überhöht wären. Da es um die Ermittlung und Aufbereitung des Standes der Wissenschaft bezüglich der medizinisch-physikalischen Wirkungen von Infrarot-Kabinen geht, ist eine Entlohnung des Sachverständigen mit einem Stundensatz, dessen Höhe sich an der Gebührenordnung für Ziviltechniker orientiert, nicht unrealistisch.

§ 521a Abs 1 Z 4 ZPO ordnet eine Zweiseitigkeit des Rechtsmittelverfahrens an, wenn sich der Rekurs gegen „eine Entscheidung über die Prozesskosten“ richtet. Darunter sind lediglich endgültige Entscheidungen über den

Kostenersatzanspruch der Prozessparteien nach den §§ 41 ff ZPO zu subsumieren, nicht jedoch solche über die bloß vorläufige Tragung einzelner Teile des Prozessaufwandes. § 41 Abs 1 GebAG sieht eine Rekursbeantwortung nur im Rechtsmittelverfahren über einen Beschluss vor, mit dem eine Sachverständigengebühr bestimmt wird (OLG Wien 16 R 203/02v, WR 954). Da somit keiner der in Betracht kommenden Tatbestände einer Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens vorliegt, war die Rekursbeantwortung der Beklagten zurückzuweisen. Paragraph 521 a, Absatz eins, Ziffer 4, ZPO ordnet eine Zweiseitigkeit des Rechtsmittelverfahrens an, wenn sich der Rekurs gegen „eine Entscheidung über die Prozesskosten“ richtet. Darunter sind lediglich endgültige Entscheidungen über den Kostenersatzanspruch der Prozessparteien nach den Paragraphen 41, ff ZPO zu subsumieren, nicht jedoch solche über die bloß vorläufige Tragung einzelner Teile des Prozessaufwandes. Paragraph 41, Absatz eins, GebAG sieht eine Rekursbeantwortung nur im Rechtsmittelverfahren über einen Beschluss vor, mit dem eine Sachverständigengebühr bestimmt wird (OLG Wien 16 R 203/02v, WR 954). Da somit keiner der in Betracht kommenden Tatbestände einer Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens vorliegt, war die Rekursbeantwortung der Beklagten zurückzuweisen.

Es war daher wie im Spruch zu beschließen.

Eine Kostenentscheidung war nicht zu treffen. Rekurskosten wurden ohnehin nicht verzeichnet; ein Ersatzanspruch hinsichtlich der Kosten der Rekursbeantwortung scheidet in Hinblick auf deren Zurückweisung von vornherein aus.

Die Unzulässigkeit eines weiteren Rechtszugs ergibt sich aus§ 528 Abs 2 Z 5 ZPO. Der Auftrag zum Erlag eines Sachverständigengebührenvorschusses ist eine Entscheidung „über die Gebühren der Sachverständigen“ (Stohanzl, JN und ZPO15 [2002], § 528 ZPO E 114; OGH 10.2.2004, 1 Ob 18/04k; RIS-Justiz RS0044179). Unter „Revisionsrekurs“ im Sinne des § 528 Abs 2 ZPO sind auch Rechtsmittel gegen Formalbeschlüsse zu verstehen, mit denen ein Rekurs gegen die Entscheidung des Gerichtes erster Instanz zurückgewiesen wird (Stohanzl, JN-ZPO15, § 528 ZPO E 4; OGH 21.10.2004, 6 Ob 204/04z; RIS-Justiz RS0012384, RS0017148 und RS0044507 T2, T6 und T8). Für die Zurückweisung einer Rekursbeantwortung kann nichts anderes gelten. Oberlandesgericht Linz, Abt. 2, Die Unzulässigkeit eines weiteren Rechtszugs ergibt sich aus Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 5, ZPO. Der Auftrag zum Erlag eines Sachverständigengebührenvorschusses ist eine Entscheidung „über die Gebühren der Sachverständigen“ (Stohanzl, JN und ZPO15 [2002], Paragraph 528, ZPO E 114; OGH 10.2.2004, 1 Ob 18/04k; RIS-Justiz RS0044179). Unter „Revisionsrekurs“ im Sinne des Paragraph 528, Absatz 2, ZPO sind auch Rechtsmittel gegen Formalbeschlüsse zu verstehen, mit denen ein Rekurs gegen die Entscheidung des Gerichtes erster Instanz zurückgewiesen wird (Stohanzl, JN-ZPO15, Paragraph 528, ZPO E 4; OGH 21.10.2004, 6 Ob 204/04z; RIS-Justiz RS0012384, RS0017148 und RS0044507 T2, T6 und T8). Für die Zurückweisung einer Rekursbeantwortung kann nichts anderes gelten. Oberlandesgericht Linz, Abt. 2,

#### **Anmerkung**

EL00086 2R135.05v

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

ECLI:AT:OLG0459:2005:00200R00135.05V.0801.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20050801\_OLG0459\_00200R00135\_05V0000\_000

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