

# TE OGH 2021/3/31 6R36/21t

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 31.03.2021

## Kopf

Das Landesgericht Ried im Innkreis hat als Rekursgericht durch die Richter Dr. Koller als Vorsitzenden sowie Mag. Sturmayer und Mag. Hackl in der Rechtssache der Antragstellerin E\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH in 2500 Baden bei Wien, gegen die Antragsgegner 1. K\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* und 2. S\*\*\*\*\* D\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* beide \*\*\*\*\* beide vertreten durch Mag. Patrick Thun-Hohenstein, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, wegen Beweissicherung, über den Rekurs der Antragsgegner gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes Braunau am Inn vom 16. Februar 2021, 5 Nc 6/20b-18 (Rekursinteresse EUR 3.845,51), in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Antragsgegner haben ihre Rekurskosten selbst zu tragen.

Die Antragstellerin hat die Kosten ihrer Rekursbeantwortung unbeschadet eines ihr zustehenden Ersatzanspruches selbst zu tragen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

## BEGRÜNDUNG:

## Text

Mit (selbstständigem) Beweissicherungsantrag vom 6. November 2020 zu 5 Nc 6/20b des Bezirksgerichtes Braunau am Inn begehrte die Antragstellerin, dem Beweissicherungsantrag stattzugeben und einen allgemein gerichtlich beeideten und zertifizierten Sachverständigen aus dem Fachgebiet „Hochbau“ damit zu beauftragen, den derzeitigen Zustand des Wohnhauses in der \*\*\*\*\*, samt Ausstattungsmerkmalen zu dokumentieren und dazu an Ort und Stelle Befund aufzunehmen. Dazu brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Parteien am 2. April 2007 einen Kauf-/Werkvertrag über ein Fertighaus des Typs „Comfort 124“ abgeschlossen hätten. Die Antragsgegner hätten im Verfahren 8 Cg 56/17d des Landesgerichtes Salzburg von der Antragstellerin die Zahlung von EUR 341.146,42 (EUR 318.600,00 an aufzuwendenden Sanierungskosten, EUR 10.306,42 an außergerichtlichen Befund- und Gutachterkosten und EUR 12.240,00 an Rechtsvertretungskosten) und die Feststellung der Haftung der Antragstellerin für sämtliche zukünftige, derzeit nicht bekannte, Schäden und Kosten aus dem Kauf-/Werkvertrag vom 2. April 2007 begehrt. Dabei hätten die Antragsgegner vorgebracht, dass die Antragstellerin das von ihr errichtete Wohnhaus mangelhaft übergeben habe, wobei im gesamten Haus erhebliche Schimmelbildungen entstanden seien. Die Ursache dafür wäre darin gelegen, dass es erhebliche Undichtheiten (Leckagen) an der thermischen Gebäudehülle und Wärmebrücken gebe, die zu Temperaturunterschieden und Feuchtigkeit führen würden. Mit rechtskräftigem Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 24. Februar 2020 sei dem Klagebegehren vollinhaltlich stattgegeben und den Antragsgegnern für die Sanierung der Mängel ein Deckungskapital von EUR 318.600,00 zugesprochen worden. Die Antragstellerin habe nun ein rechtliches Interesse an der Dokumentation des derzeitigen Zustands des Wohnhauses,

weil die Antragsgegner das zugesprochene Deckungskapital nicht oder nur teilweise zur Sanierung verwenden könnten, was einen Kondiktionsanspruch der Antragstellerin gemäß § 1435 ABGB begründen würde. Zudem sei im Verfahren 8 Cg 56/17d des Landesgerichtes Salzburg der gegenwärtige Zustand des Wohnhauses lediglich punktuell und nicht umfassend hinsichtlich des Ausstattungsgrades jedes einzelnen Raumes (Ausstattungsmerkmale wie Fußbodenbeläge, Innenfensterbänke, Beleuchtungen, Elektroinstallationen etc) dokumentiert worden. Um entsprechende Ansprüche der Antragstellerin gegenüber den Antragsgegnern als auch ihrem Versicherer durchsetzen zu können, sei der derzeitige Ausstattungszustand des Wohnhauses festzustellen, um überprüfen zu können, ob der Deckungsvorschuss bestimmungsgemäß verwendet werde. (ON 1)

Das Erstgericht eröffnete daraufhin den Antragsgegnern die Möglichkeit, sich zum Beweissicherungsantrag zu äußern, und gab gleichzeitig bekannt, dass es im Fall der Bewilligung des Beweissicherungsantrages die Bestellung und Beauftragung des Sachverständigen Ing. C\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\* in Aussicht nehme (ON 2).

Daraufhin äußerten sich die Antragsgegner mit Schriftsatz vom 18. November 2020 dahin, dass sie zunächst gemäß 7 RATG den seitens der Antragstellerin mit EUR 5.000,00 bewerteten Beweissicherungsantrag als deutlich zu gering bewertet bemängelten und beantragten, den Streitwert mit EUR 318.600,00 festzusetzen. Zudem beantragten sie, den Beweissicherungsantrag (als inhaltlich unbegründet) abzuweisen. Darüber hinaus erhoben sie Einwendungen gegen den in Aussicht genommenen Sachverständigen und beantragten, stattdessen den Sachverständigen Ing. H\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\* zur Durchführung der Beweissicherung im Falle ihrer Bewilligung zu bestellen und entsprechend zu beauftragen. (ON 4)

Mit Beschluss vom 30. November 2020 bewertete das Erstgericht den Streitgegenstand gemäß 7 RATG mit EUR 318.600,00, bewilligte die beantragte Beweissicherung und ordnete gemäß § 384 Abs 2 ZPO die Befundaufnahme durch einen Sachverständigen betreffend des gegenwärtigen Zustands samt Ausstattungsmerkmalen des Wohnhauses \*\*\*\*\*, an. Es bestellte dazu zum Sachverständigen Ing. H\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\* und beauftrage ihn, an Ort und Stelle Befund zu erheben und führte dazu aus:

„Vom möglichst zeitnahen Zeitpunkt der Befundaufnahme wolle der Sachverständige den die beiden Parteienvertreter im eigenen Wirkungsbereich verständigen“. (ON 7, Spruchpunkte 1., 2. und 3.)

Daraufhin nahm der bestellte Sachverständige am 15. Jänner 2021 im Wohnhaus \*\*\*\*\*, von 9.15 bis 12.00 Uhr Befund auf, wobei er den Termin zuvor mit den Parteienvertretern bei Korrespondierung mehrerer Terminvorschläge zwischen 19. Dezember 2020 und 12. Jänner 2021 vereinbart hatte. An der Befundaufnahme nahmen Vertreter der Antragstellerin und seitens der Antragsteller-Vertretung Rechtsanwalt Mag. Friedrich Ruprecht, sowie beide Antragsgegner und der Antragsgegner-Vertreter Mag. Patrick Thun-Hohenstein teil. Danach übermittelte der Sachverständige einen schriftlichen Befundaufnahmbericht vom 28. Jänner 2021 an das Erstgericht. (ON 13)

Mit Schriftsatz vom 18. Jänner 2021 beantragten die Antragsgegner die Bestimmung ihrer Kosten für das Beweissicherungsverfahren mit EUR 8.202,70 inklusive 20 % USt, wobei der Äußerungsschriftsatz vom 18. November 2020 mit TP 3A, die Intervention bei der Befundaufnahme durch den Sachverständigen mit TP 3A sechs halbe Stunden zuzüglich 100 % Einheitssatz und der Kostenbestimmungsschriftsatz mit TP 1 verzeichnet wurden (ON 12).

Mit dem angefochtenen Beschluss verpflichtete das Erstgericht die Antragstellerin, den Antragsgegnern deren mit EUR 4.357,19 (darin enthalten EUR 726,20 USt) bestimmte Kosten des Beweissicherungsverfahrens zu ersetzen. Dabei kürzte das Erstgericht das Kostenverzeichnis der Antragsgegner bei gänzlicher Nicht-Honorierung des Äußerungsschriftsatzes vom 18. November 2020 und Zuspruch einer Honorierung für die Intervention bei der Befundaufnahme durch den Sachverständigen am 15. Jänner 2021 lediglich nach TP 7 anstatt TP 3A RATG.

Dagegen richtet sich der rechtzeitige Kostenrekurs der Antragsgegner aus dem Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass den Antragsgegnern die gesamten begehrten Verfahrenskosten von EUR 8.202,70 inklusive 20 % USt zugesprochen werden.

Mit ihrer Rekursbeantwortung strebt die Antragstellerin eine Bestätigung des erstgerichtlichen Beschlusses an.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zum Äußerungsschriftsatz vom 18. November 2020:

Die Antragsgegner argumentieren (insofern zu Recht), dass der Äußerungsschriftsatz gerichtlich aufgetragen worden sei. Die damit erstattete Streitwertbemängelung sei ebenso erfolgreich gewesen wie die vorgetragenen Einwände gegen die Person des gerichtsseits in Aussicht genommenen Sachverständigen. Daher sei der Schriftsatz, wie verzeichnet, als aufgetragene Äußerung gemäß TP 3A zu honorieren.

Den entsprechenden Einwänden der Antragstellerin inhaltlich folgend, hat das Erstgericht den Äußerungsschriftsatz vom 18. November 2020 deshalb nicht honoriert, da die herrschende Ansicht aus der Formulierung des § 388 Abs 3 Satz 2 ZPO ableite, dass dem Gegner nur Kosten für die Beteiligung an der Befundaufnahme, nicht jedoch für Schriftsätze einschließlich Äußerungen, zuzusprechen seien, was auch der zitierten Rechtsprechung, vor allem des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien, entspreche. Letztgenannte Kosten könnten nur im Hauptprozess geltend gemacht werden.

Tatsächlich vertritt die überwiegende Lehre die vor allem auf den Wortlaut des § 388 Abs 3 2. Satz ZPO gestützte Ansicht, dass der Gegner des Antragstellers im Beweissicherungsverfahren keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten seiner Äußerung zum Antrag (auch einer Vernehmung oder sonstigen Äußerungskosten) hat, was vor allem aus einem Umkehrschluss aus der Formulierung des § 388 Abs 3 ZPO, wonach dem Gegner die Kosten für seine „Beteiligung bei der Beweisaufnahme“ zu ersetzen sind, abgeleitet wird (zB dargestellt von Rassi in Fasching/Konecny3 III/1 § 388 ZPO Rz 15 mwN; Obermaier, Kostenhandbuch3 Rz 1.409 mwN; Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka, ZPO5 § 388 Rz 5; Klausner/Kodek, JN-ZPO18 § 388 ZPO E 11). Zwar hat ein Teil der Lehre dagegen beachtenswerte Argumente vorgetragen (Rassi aaO Rz 16; Pollak, System2 60), jedoch hat sich mittlerweile fast die gesamte zweitinstanzliche Rechtsprechung den Argumenten der überwiegenden Lehre angeschlossen (zB LG Salzburg 22 R 2/17y; 22 R 91/12d; LG St. Pölten 7 R 137/16a [noch anderer Ansicht zu 7 R 47/08t]; OLG Wien 1 R 159/15g; LGZ Wien 35 R 18/15d; LG Feldkirch 2 R 72/15a; LG Eisenstadt 13 R 30/14f; OLG Linz 4 R 127/08m).

Auch der erkennende Rekurrenzsenat sieht keinen Anlass, von den maßgeblich auf die Wortinterpretation und den darauf gestützten Umkehrschluss gemäß § 388 Abs 3 ZPO, wonach dem Gegner im Beweissicherungsverfahren lediglich Kosten für seine Beteiligung bei der Beweisaufnahme und damit nicht für auch aufgetragene Schriftsätze zu ersetzen sind, im Einklang der zitierten überwiegenden Lehre und mittlerweile fast ausschließlichen zweitinstanzlichen Rechtsprechung abzugehen. Daher hat das Erstgericht zu Recht die verzeichneten Kosten für den aufgetragenen Äußerungsschriftsatz vom 18. November 2020 (im Beweissicherungsverfahren) nicht zuerkannt.

Zur Intervention bei der Befundaufnahme durch den Sachverständigen:

Die Antragsgegner führen dazu ins Treffen, dass der gegenständliche Auftrag zur Verständigung (Spruchpunkt 3., zweiter Absatz, erster Satz des Beschlusses vom 30. November 2020) ein „ausdrücklicher Auftrag“ sei, was einem Kostenzuspruch für die Teilnahme an der Befundaufnahme nach TP 3A III RATG rechtfertige. Dies bedinge schon das auch hier entsprechend zu beachtende „rechtliche Gehör“ zur Wahrung der Grundsätze eines fairen Verfahrens.

Demgegenüber argumentiert das Erstgericht mit der Antragstellerin, dass die Teilnahme an der Befundaufnahme nur nach TP 7 RATG zu honorieren sei, weil ein gerichtlicher Auftrag an den Sachverständigen, die Parteienvertreter beizuziehen, nicht ergangen wäre. Der Auftrag an den Sachverständigen, die Parteienvertreter vom Befundaufnahmetermin zu verständigen, um das rechtliche Gehör der Parteien zu wahren, sei dem nicht gleichzusetzen und stelle keinen „ausdrücklichen Auftrag“ auf Beziehung im Sinne des TP 3A III RATG dar, wobei das Erstgericht zutreffend darauf verweist, dass eine Intervention bei der Befundaufnahme auch nicht beantragt wurde.

Bei einer Beweisaufnahme mit dem Sachverständigen ohne Anwesenheit des Richters ist zu unterscheiden, ob ein gerichtlicher Auftrag zur Beziehung der Parteienvertreter vorliegt. Bejahendenfalls kommt es gemäß TP 3A III RATG zur Honorierung nach TP 3A II RATG, sonst gebührt für die Teilnahme an der Befundaufnahme nur TP 7 RATG (Rassi aaO Rz 22 mwN). In der Lehre wird (überwiegend) der Standpunkt vertreten, dass der bloße Auftrag an den Sachverständigen, die Parteien(vertreter) von der Befundaufnahme zu verständigen (um das rechtliche Gehör zu gewähren), keinen ausdrücklichen Auftrag zur Beziehung der Parteienvertreter gemäß TP 3A III RATG darstellt (Obermaier aaO, insbesondere auch mit ausführlicher Auseinandersetzung in der 2. Auflage, Rz 692; Rassi aaO Rz 22). Dem ist vor allem Jakusch mit dem Argument entgegengetreten, dass es dabei wohl auch nicht darauf ankommen könne, dass das Gericht seine entsprechende Anweisung an den Sachverständigen unter Verwendung des Wortes „Auftrag“ erteile und es (insofern) vielmehr reiche, wenn das Gericht dem Sachverständigen zB auftrage, die Parteien „vom Termin der Befundaufnahme zu verständigen“ (Jakusch in Angst/Oberhammer, EO3 § 74 EO Rz 111/1).

In der (diesbezüglich relativ zersplitterten) zweitinstanzlichen Rechtsprechung werden dazu unterschiedliche (teilweise differenzierte) Meinungen vertreten, die sich im Wesentlichen in drei Gruppen zusammenfassen lassen:

Einseits wird, gestützt auf den mit der Novelle BRÄG 2008, BGBI I/111 „verschärften“ Wortlaut gemäß TP3 III RATG ..., sofern die Beziehung der Parteienvertreter über ausdrücklichen Auftrag des Gerichts erfolgt. ... die Meinung vertreten, dass eine gerichtsseits angeordnete (bloße) „Verständigung“ der Parteien(vertreter) vom Befundaufnahmetermin durch den Gerichtssachverständigen keinen solchen gerichtlichen Auftrag zur Beziehung der Parteienvertreter im Sinne der TP 3A III RATG, der zur Entlohnung gemäß dieser Tarifpost berechtigt, darstellt. Dies wird auch unter Verweisung auf die Materialien zu obiger Novelle zudem damit begründet, dass die Beurteilung der Frage, ob anzunehmen ist, dass die Intervention bei einer konkreten Befundaufnahme von der zu erwartenden Schwierigkeit her der Intervention bei einer kontradiktatorischen Verhandlung gleichkommt und daher den im Abschnitt III. genannten ausdrücklichen Auftrag des Gerichtes bedingt, dem pflichtgemäßem Ermessen des Erstgerichtes obliegt. (zB LG Klagenfurt, 3 R 197/13z; LGZ Graz 4 R 42/13w)

Diese Ansicht wird im Wesentlichen auch vom Landesgericht Salzburg in ständiger Rechtsprechung – unter Verweisung auf die oben zitierten Materialien und der insofern eindeutigen Literaturmeinung Obermaier's (Obermaier, Kostenhandbuch2, Rz 692) – vertreten, wobei zusätzlich noch dahingehend differenziert wird, ob die Parteien(vertreter) in der Lage waren bzw. gewesen wären, zur Befundaufnahme durch den bestellten Sachverständigen Sachdienliches beizutragen (LG Salzburg 53 R 241/14i; 22 R 69/11t).

Demgegenüber vertritt das Oberlandesgericht Wien – bei Berücksichtigung der obigen „Verschärfung“ gemäß TP 3A III RATG durch die Novelle BRÄG 2008, BGBI I/111 – mittlerweile in ständiger Rechtsprechung, dass auch die gerichtliche Aufforderung an den Sachverständigen, die Parteien(vertreter) (lediglich) vom Befundaufnahmetermin zu verständigen, als ausdrücklicher Auftrag zur Teilnahme im Sinne von TP 3A III RATG zu qualifizieren sei (OLG Wien 1 R 39/17p, 16 R 180/10y, 11 R 158/09z). Dies wird auch vom Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien vertreten (36 R 53/16k).

Der erkennende Rekurrenzsenat schließt sich unter Verweisung auf die obigen Ausführungen der Argumentation der Landesgerichte Salzburg und Klagenfurt sowie des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz im Einklang mit den zitierten Literaturmeinungen von Rassi und Obermaier an. Fallbezogen ist betreffend des gegenständlichen Inhalts des gestellten Beweissicherungsantrages und dem insofern erteilten Gerichtsauftrag auch nicht davon auszugehen, dass die Parteien(vertreter) (entscheidend) Sachdienliches hinsichtlich der beauftragten Befundaufnahme durch den Sachverständigen beitragen konnten. Die beantragte Befundung des gegenwärtigen Zustandes samt Ausstattungsmerkmalen des Wohnhauses \*\*\*\*\*, hängt auch unter Berücksichtigung der dem Sachverständigen beidseits zur Verfügung gestellten Unterlagen (ON 1, AS 8 bzw ON 4, AS 24f) ausschließlich von der Sachkunde des Sachverständigen ab. Gerade auch unter diesem Aspekt ist die entsprechende Formulierung im Punkt 3., Absatz 2, erster Satz des Spruches des Beschlusses des Erstgerichts vom 30. November 2020 (Vom möglichst zeitnahen Zeitpunkt der Befundaufnahme wolle der Sachverständige die beiden Parteienvertreter im eigenen Wirkungsbereich verständigen.) gemäß dem in TP 3A III RATG ausgedrückten pflichtgebundenen Ermessen des Erstgerichts (über ausdrücklichen Auftrag des Gerichts) einschränkend dahin zu interpretieren, dass den Parteienvertretern ihre Intervention bei einem Befundaufnahmetermin durch den Sachverständigen bei (lediglicher) Wahrung ihres rechtlichen Gehörs freigestellt werden sollte. Ein sachliches Erfordernis der Beziehung der Parteienvertreter ist indes unter den hier gegebenen Umständen nicht erkennbar, wodurch ihre Intervention auch tatsächlich jener einer kontradiktatorischen Verhandlung vor Gericht nicht gleichzusetzen ist (so auch dezidiert zB LG Salzburg 53 R 251/14i). Daher ist die Intervention bei der Befundaufnahme durch den Sachverständigen am 15. Jänner 2021 nicht wie verzeichnet gemäß TP 3A, sondern im Einklang mit dem Erstgericht nach TP 7 RATG zu honorieren.

Dem Rekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Rekurskosten der Antragsgegner beruht auf § 11 Abs 1 RATG iVm den §§ 41, 50 ZPO.

Gemäß § 388 Abs 3 Satz 1 ZPO hat der Antragsteller alle seine Kosten des Beweissicherungsverfahrens zunächst selbst zu tragen. Dies gilt auch für den gesamten Schriftsatzaufwand, somit für den Antrag wie auch allfällige Rekurse und Rekursbeantwortungen (Obermaier, Kostenhandbuch3 Rz 1.409; Klausner/Kodek, aaO E 14; LG Salzburg 22 R 69/11t). Es ist daher auszusprechen, dass die Antragstellerin die Kosten ihrer (erfolgreichen) Rekursbeantwortung unbeschadet eines ihr zustehenden Ersatzanspruches selbst zu tragen hat.

Der Zulässigkeitsausspruch beruht auf § 528 Abs 2 Z 3 ZPO.

**Textnummer**

ERI0000048

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LG00469:2021:00600R00036.21T.0331.000

**Im RIS seit**

26.11.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

26.11.2021

**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)