

Verteilung der Kostenvorschusspflicht nach § 365 ZPO auf mehrere Beweisführer

1. Die Entscheidung über einen Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses ist keine Gebührenentscheidung, sodass über den Rekurs nicht nach § 8a JN durch einen Einzelrichter, sondern in Senatsbesetzung zu entscheiden ist.
2. Der Kostenvorschussauftrag ist eine prozessleitende Verfügung im engeren Sinn und das Rekursverfahren daher einseitig.
3. Gemäß § 332 Abs 2 Satz 2 iVm § 365 Satz 2 ZPO ist der Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses für Sachverständigengebühren aufgetragen wird, nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse € 4.000,- übersteigt.
4. Zum höchst unterschiedlichen Meinungsstand der Lehre in Deutschland und in Österreich, wem von mehreren Beweisführern, in welchen Anteilen, in welcher Form (nach Anteilen, Kopfteilen oder solidarisch), nach der Beweislast oder allen uneingeschränkt, jedoch nicht solidarisch ein Kostenvorschuss aufzutragen ist, ist keine einschlägige Rechtsprechung in Österreich vorhanden.
5. Jeder Partei steht es frei, die Gerichtsentscheidung nicht nur in Bezug auf den ihr selbst auferlegten Kostenvorschuss anzufechten, sondern auch in Bezug auf den Kostenvorschussauftrag an den Gegner. Eine Partei kann aber auch der Meinung sein, dass das Gericht den insgesamt erforderlichen Kostenvorschuss zu hoch eingeschätzt hat, sodass sie den Beschluss über die Aufteilung des Kostenvorschusses zwischen dem Kläger und dem Beklagten nur in Bezug auf den sie selbst treffenden Kostenvorschussauftrag anfechtet. Dann erwächst der Beschluss über die Auferlegung eines bestimmten Kostenvorschussauftrags an die andere Partei in Rechtskraft. Die Höhe des der anderen Partei aufgetragenen Kostenvorschusses kann in einem weiteren Rechtsgang dann nicht mehr hinterfragt werden.
6. Da weitere Beklagte den Sachverständigenbeweis nicht beantragt haben, können sie nicht als Beweisführer angesehen werden. Im Übrigen ist die Frage, welche der Parteien Beweisführer ist, nach herrschender Meinung im Rekursverfahren nicht zu entscheiden.
7. Die Aufteilung des Kostenvorschusses auf der Klagsseite auf die beweisführende Erst- und Zweitklägerin nach den Streitwerten (hier: im Verhältnis von 3:1) ist nicht zu beanstanden. Die rekurrende Erstklägerin ist durch diese Aufteilung auch nicht beschwert. Anders wäre dies bei einer gesamtschuldnerischen Verpflichtung beider Klägerinnen zum Erlag des Kostenvorschusses.

8. Im Rekursverfahren über den Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses für Sachverständigengebühren findet ein Kostenersatz nicht statt.

OLG Wien vom 22. August 2016, 1 R 107/16m

Den Beklagten wird von beiden Klägern zum Vorwurf gemacht, sie durch Teilnahme an einem Aufzugskartell geschädigt zu haben, zumal dieses zu überhöhten Preisen geführt habe.

Die Erstklägerin begehrt mit beim Erstgericht zu 19 Cg 21/10z registrierter Klage von den Beklagten zur ungeteilten Hand (seit dem in Rechtskraft erwachsenen Teilurteil des Berufungsgerichts vom 21. 12. 2011: restlich) Schadenersatz in Höhe von € 8.134.344,54 sowie die Feststellung der Haftung der Beklagten für zukünftige Schäden aus dem Kartell.

Die Zweitklägerin begehrt mit beim Erstgericht zu 19 Cg 189/10f registrierter Klage von den Beklagten zur ungeteilten Hand Schadenersatz in Höhe von € 2.738.135,04.

Beide Verfahren wurden mit Beschluss vom 25. 6. 2015 zur gemeinsamen Verhandlung verbunden und der Akt 19 Cg 21/10z zum führenden erklärt.

Mit Beschluss vom 25. 8. 2015 bestellte das Erstgericht Dr. N. N. zum Sachverständigen, vorerst noch ohne Erteilung eines Gutachtensauftrags.

Mit Beschluss vom 3. 2. 2016 wurde der „Klägerin“ (worunter aufgrund des Rubrums des Beschlusses allein die Erstklägerin verstanden werden kann) der Erlag eines Kostenvorschusses von € 100.000,- und der Fünftbeklagten der Erlag eines Kostenvorschusses von € 50.000,- binnen drei Wochen aufgetragen.

Hinsichtlich des ihr aufgetragenen Kostenvorschusses in der Höhe von € 100.000,- erhob die Erstklägerin Rekurs, mit dem sie einen Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag stellte. Die Erstklägerin machte im Rekurs dem Erstgericht im Wesentlichen als Verfahrensmangel zum Vorwurf, es unterlassen zu haben, den Gutachtensauftrag zu konkretisieren und auf dieser Basis den voraussichtlichen Aufwand zu ermitteln.

Mit Beschluss des Rekursgerichts vom 30. 3. 2016 wurde dem Rekurs Folge gegeben, der Beschluss vom 3. 2. 2016 hinsichtlich des Auftrags an die Erstklägerin zum Erlag eines Kostenvorschusses von € 100.000,- aufgehoben und dem Erstgericht eine neue Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen. Wie im Aufhebungsbeschluss näher ausgeführt, war Grund für diese Entscheidung, dass der Gutachtensauftrag noch nicht feststand und daher auch noch nicht abschätzbar war, in welcher Höhe voraussichtlich Sachverständigengebühren anfallen werden.

Mit Beschluss vom jeweils 15. 4. 2016 beauftragte das Erstgericht zum einen Dr. N. N. mit der Erstellung von Befund und Gutachten zu zwei bestimmten Fragen und zum anderen mit einer näheren Aufschlüsselung seiner Gebührenkalkulation.

Dr. N. N. übermittelte hierauf die ihm abverlangte Kalkulation; er bezifferte die geschätzten Gesamtkosten mit € 149.000,- bis € 275.000,-.

Die Erstklägerin erklärte mit Schriftsatz vom 25. 5. 2015, die Aufschlüsselung des Sachverständigen für nachvollziehbar zu erachten und sich der Höhe nach nicht mehr gegen einen Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses unter Zugrundelegung der Kostenschätzung auszusprechen. Jedoch sei ein Kostenvorschuss nicht nur ihr und der Fünftbeklagten, sondern allen Verfahrensparteien aufzutragen. Die Beklagten nähmen maßgeblich auf den Umfang der Tätigkeit des Sachverständigen Einfluss und stünden dem Beweis näher, weshalb sie die Beweislast träge. Aus diesen Gründen und zumal der eingetretene Schaden aus der Übertretung eines Schutzgesetzes durch die Beklagten resultiere, sei es sachgerecht, den Kostenvorschuss jeweils zur Hälfte der Klags- und der Beklagtenseite aufzutragen. Auf der Klagsseite regte die Erstklägerin eine Teilung des Kostenvorschusses nach Köpfen an.

Mit dem angefochtenen Beschluss trug das Erstgericht der Erstklägerin den Erlag eines Kostenvorschusses von € 75.000,- und der Zweitklägerin den Erlag eines Kostenvorschusses von € 25.000,- binnen drei Wochen auf. Es begründete seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass die Beweispflicht für den kausal verursachten Schaden die Geschädigten [Anmerkung: also die Kläger] treffe und der Kostenvorschuss im Verhältnis der Streitwerte aufzutragen sei. Was die Aufteilung der Vorschüsse betreffe, erscheine hinsichtlich der Fünftbeklagten die die Einholung des Gutachtens beantragt habe, mehr als ein Drittel nicht angemessen. Gegen diesen Anteil habe sie auch keinen Einwand erhoben und ihn bereits erlegt.

Hiergegen richtet sich der aus den Gründen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und der Mangelhaftigkeit des Verfahrens erhobene Rekurs der Erstklägerin, mit dem ein Abänderungs-, hilfsweise ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt wird. Die Erstklägerin ficht den Beschluss insoweit an, als der ihr auferlegte Kostenvorschuss mit mehr als € 50.000,- festgesetzt wurde. Sie beantragt, den Beschluss dahin gehend abzuändern, dass sämtlichen Beklagten ein Kostenvorschuss für die Einholung des Sachverständigengutachtens in Höhe von € 75.000,- solidarisch auferlegt werde, *in eventu* den angefochtenen Beschluss dahin gehend abzuändern, dass der Fünftbeklagten ein Kostenvorschuss für die Einholung des Sachverständigengutachtens in Höhe von € 75.000,- auferlegt werde.

Eine Rekursbeantwortung wurde nicht erstattet.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

1. Voranzustellen ist, dass dem angefochtenen Beschluss keine Entscheidung über die Gebühren eines Sachverständigen oder Dolmetschers, sondern ein Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses zugrunde liegt, sodass über den Rekurs nicht nach § 8a JN durch einen Einzelrichter, sondern in Senatsbesetzung zu entscheiden ist (OLG Wien 15 R 169/12a; 13 R 191/12x; 2 R 217/13s, SV 2014, 111; 3 R 27/14h; *Krammer*, SV 2012, 42 [Glosse zu OLG Wien 13 R 234/11v]).

2. Der Kostenvorschussauftrag ist eine prozessleitende Verfügung im engeren Sinn und das Rekursverfahren daher einseitig (OLG Innsbruck 3 R 13/12d, SV 2012, 157; OLG Wien 16 R 203/02v, WR 954; *M. Bydlinski in Fasching/Konecny*² Vor §§ 425 ff ZPO Rz 10). Da folglich eine Rekursbeantwortung unzulässig gewesen wäre, nahmen die Beklagten von der Erstattung einer Rekursbeantwortung zu Recht Abstand.

3. Gemäß § 332 Abs 2 Satz 2 iVm § 365 Satz 2 ZPO ist der Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses für Sachverständigengebühren aufgetragen wird, nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse € 4.000,- übersteigt. Da im vorliegenden Fall die Anfechtungsgrenze überschritten wird, ist der Rekurs zulässig.

4. Die Erstklägerin vertritt in ihrer Rechtsrüge die Ansicht, das Erstgericht hätte die Fünftbeklagte ob deren Antrags auf Einholung eines Sachverständigengutachtens als Beweisführerin im Sinne des § 365 ZPO behandeln und ihr die Hälfte des Kostenvorschusses, somit den Erlag eines Betrags von € 75.000,-, auftragen müssen. Auch hätte das Erstgericht berücksichtigen müssen, dass die Beklagten durch ihre Beteiligung am Aufzugskartell solidarisch hafteten, weshalb ihnen der Erlag des Kostenvorschusses von € 75.000,- solidarisch aufzutragen gewesen wäre. Aufgrund welcher Überlegungen das Erstgericht zum Ergebnis gelangt sei, es erscheine „angemessen“, der Fünftbeklagten nur ein Drittel des Kostenvorschusses, somit nur den Erlag von € 50.000,-, aufzutragen, habe es nicht dargetan, weshalb insofern der Beschluss an einem Begründungsmangel leide und ein Verfahrensmangel vorliege.

Das Rekursgericht hat hierzu erwogen:

5.1. Es beantragten nicht nur beide Kläger, sondern auch die Fünftbeklagte die Beiziehung des Sachverständigen. Es stellt sich daher die Frage, wie beim Kostenvorschuss vorzugehen ist, wenn der Beweisantrag sowohl kläger- als auch beklagtenseits gestellt wurde.

Rechtsprechung österreichischer Gerichte ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden (zum Meinungsstand in Deutschland – die dortige Rechtslage ist vergleichbar – *Ahrens in Wieczorek/Schütze*, ZPO VI⁴ [2014] § 379 Rz 12; *Berger in Stein/Jonas*, ZPO V²³ [2015] § 379 Rz 2). In der österreichischen Literatur wird die Frage unterschiedlich beantwortet. Es wird – in Übereinstimmung mit dem Erstgericht – die Ansicht vertreten, der Kostenvorschuss könne anteilig auferlegt werden, also zum Teil dem Kläger, zum Teil dem Beklagten (so *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozessrecht² [1976] 270). Nach einer anderen Meinung ist der Vorschuss dem Kläger und dem Beklagten zur ungeteilten Hand aufzutragen (*Fasching*, Zivilprozessgesetze III¹ [1966] 499; *Jelinek*, Der Sachverständige im Zivilprozess, in *Aicher/Funk*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben [1990] 76 mwH). Hinzu kommt die Auffassung, der Kostenvorschuss sei jenem aufzuerlegen, den die Beweislast trifft (*Fischer*, Zur Vorschusspflicht für Sachverständigenkosten unter dem Blickwinkel des § 40 Abs 1 ZPO, ÖJZ 2008, 467 [472]; *Krammer in Fasching/Konecny*² § 365 ZPO Rz 11).

Denkbar wäre als vierte Möglichkeit, sowohl den Kläger als auch den Beklagten uneingeschränkt, jedoch nicht solidarisch zum Kostenvorschuss zu verpflichten (hierfür in Deutschland *Bachmann*, Der Zeugen- und Sachverständigenvorschuss, DRiZ 1984, 401 [401]).

5.2. Jedenfalls dann, wenn – wie hier – das Gericht die erstgenannte Rechtsmeinung vertritt und den erforderlichen Kostenvorschuss zwischen dem Kläger und dem Beklagten (die beide den Beweisantrag stellten) aufteilt, betrifft diese Entscheidung in ihrer Gesamtheit die Rechtsstellung beider. Denn umso geringer der Kostenvorschussauftrag an den Gegner ausfällt, desto größer ist die korrespondierende eigene Kostenvorschusspflicht. Folglich steht es dann jeder Partei frei, die Gerichtsentscheidung nicht nur in Bezug auf den ihr selbst auferlegten Kostenvorschuss anzufechten, sondern auch in Bezug auf den Kostenvorschussauftrag an den Gegner.

Die Höhe der eigenen Kostenvorschusspflicht hängt aber auch bei Aufteilung des insgesamt erforderlichen Kostenvorschusses zwischen dem Kläger und dem Beklagten nicht allein vom dem Prozessgegner aufgetragenen Kostenvorschuss ab. Es ist denkbar, dass der dem Gegner auferlegte Kostenvorschuss der Höhe nach akzeptiert wird, der eigene Kostenvorschuss aber als überhöht betrachtet wird, weil die Ansicht vertreten wird, das Gericht habe den insgesamt erforderlichen Kostenvorschuss zu hoch eingeschätzt. Ein Beschluss über die Aufteilung des Kostenvorschusses zwischen dem Kläger und dem Beklagten kann aus diesem Grund durchaus auch nur in Bezug auf den einen selbst treffenden Kostenvorschussauftrag angefochten werden.

5.3. Ebendies tat hier die Erstklägerin im ersten Rechtsgang. Sie focht den Beschluss vom 3. 2. 2016 nur hinsichtlich des ihr selbst auferlegten Kostenvorschusses von € 100.000,- an, und zwar nicht mit der Begründung, der Fünftbeklagten sei zu wenig an Kostenvorschuss auferlegt worden (worin konkludent auch eine Anfechtung des Kostenvorschussauftrags an die Fünftbeklagte zu erblicken gewesen wäre), sondern nur mit der Begründung, man wisse noch nicht, wie hoch die voraussichtlichen Kosten sein werden. Intention der Erstklägerin bei ihrem Rekurs im ersten Rechtsgang war daher allein eine Reduktion ihrer Kostenvorschusspflicht aus dem Grunde, dass sich womöglich die voraussichtlichen Kosten als bedeutend geringer als vom Erstgericht bei Fassung seines Beschlusses vom 3. 2. 2016 angenommen erweisen könnten.

In Bezug auf die Frage, ob und in welcher Höhe die Fünftbeklagte eine Kostenvorschusspflicht trifft, erwuchs der Beschluss vom 3. 2. 2016 somit in Rechtskraft. Zumal der Beschluss auch insofern die Rechtsstellung der Erstklägerin betraf und von ihr, wie erörtert, hätte angefochten werden können, eine Anfechtung aber unterblieb, bindet die Rechtskraft die Erstklägerin. Die Entscheidung des Erstgerichts vom 3. 2. 2016, dass die Fünftbeklagte nur einen Kostenvorschuss von € 50.000,- zu erlegen hat, kann daher von der Erstklägerin im jetzigen Rekurs nicht mehr hinterfragt werden. Folglich geht auch die Rüge, das Erstgericht habe nicht begründet, warum die Fünftbeklagte nur € 50.000,- zu erlegen habe, ins Leere.

5.4. Dass die anderen vier Beklagten die Einholung des Gutachtens beantragt hätten, behauptet die Erstklägerin nicht. Weil – hiervon geht auch die Erstklägerin zutreffend aus – Beweisführer im Sinne des § 365 ZPO nur eine Partei sein kann, die den Sachverständigenbeweis beantragt hat (*Klauser/Kodek*, JN – ZPO¹⁷, § 365 ZPO E 1), kommt eine Kostenvorschusspflicht der anderen vier Beklagten von vornherein nicht in Betracht. Selbst wenn das Erstgericht zu Unrecht die anderen vier Beklagten nicht als Beweisführer angesehen hätte, wäre dies im Übrigen der Korrektur durch das Rekursgericht entzogen, weil die Frage, welche der Parteien Beweisführer ist, nach herrschender Meinung im Rekursverfahren nicht zu entscheiden ist (OLG Linz 2 R 135/05v, RIS-Justiz RL0000062; OLG Wien 3 R 150/07m; 13 R 108/07b; 5 R 66/12f, SV 2012, 157; *Krammer in Fasching/Konecny*² § 365 ZPO Rz 30 mwN). Es hat folglich von Beklagtenseite her beim bereits der Fünftbeklagten rechtskräftig auferlegten Kostenvorschuss von € 50.000,- zu bleiben.

5.5. Das Erstgericht hat mit dem angefochtenen Beschluss den noch erforderlichen restlichen Kostenvorschuss von € 100.000,- zwischen der Erstklägerin und der Zweitklägerin aufgeteilt. Dass grundsätzlich eine Aufteilung zwischen ihr und der Zweitklägerin vorgenommen wird, stellt die Erstklägerin in ihrem Rekurs nicht in Frage. Sie ist durch die Vornahme einer Aufteilung auch nicht beschwert (dies im Gegensatz zur Alternative einer gesamtschuldnerischen Verpflichtung beider Kläger zum Erlag des Kostenvorschusses; vgl *Fasching*, Zivilprozessgesetze III¹ [1966] 499; *Krammer in Fasching/Konecny*² § 365 ZPO Rz 12). Dass das Erstgericht auch zwischen den beiden Klägern eine Aufteilung des (restlich erforderlichen) Kostenvorschusses vornahm, ist damit der Überprüfung durch das Rekursgericht entzogen.

Dass ausgehend von der Rechtstatsache, dass beide Kläger gemeinsam den noch offenen Betrag vorschussweise zu erlegen haben, die vom Erstgericht beschlossene Aufteilung (Erstklägerin € 75.000,- und Zweitklägerin € 25.000,-) rechtsunrichtig sein sollte, wird im Rekurs nicht dargetan. Weil die Klagebegehren der Erstklägerin zu jenem der Zweitklägerin streitwertmäßig in einem Verhältnis von etwa 3:1 stehen, ist die vom Erstgericht vorgenommene Aufteilung nicht zu beanstanden.

Dem Rekurs war daher der Erfolg zu versagen.

6. Im gesamten Gebührenbestimmungsverfahren findet ein Kostenersatz nicht statt. Dies gilt auch für den Rekurs gegen den Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses für Sachverständigengebühren (OLG Wien 16 R 203/02v, WR 954; 13 R 108/07b, RIS-Justiz RW0000386; 2 R 46/09p, SV 2009, 159; 2 R 57/09f, SV 2009, 92; 5 R 66/12f, SV 2012, 157; 2 R 179/12a, SV 2012, 214; 2 R 217/13s, SV 2014, 111; siehe auch *Klauser/Kodek*, JN – ZPO¹⁷, § 528 ZPO E 143; *Obermaier*, Kostenhandbuch², Rz 100).

7. Die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses gründet sich auf § 528 Abs 2 Z 2 und 5 ZPO (*Zechner in Fasching/Konecny*² § 528 ZPO Rz 152 mwN).