

Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses nach § 3 GEG und § 365 ZPO

1. Die Auferlegung eines Kostenvorschusses nach § 365 ZPO mit den Säumnisfolgen des § 332 Abs 2 ZPO kann nur an einen „Beweisführer“ erfolgen, also nur an eine Partei, die den Sachverständigenbeweis beantragt hat.
2. Hat – wie im vorliegenden Fall – keine der Parteien den Sachverständigenbeweis beantragt, so ist die Auferlegung eines Kostenvorschusses nicht durch § 365 ZPO gedeckt, sondern sie kann nur auf der Grundlage des § 3 GEG erfolgen.
3. § 3 GEG ordnet – anders als § 365 ZPO – keine Sanktionen bei Nichterlag des Kostenvorschusses an.

ses durch die Parteien an. Daher sind die Parteien durch den gerichtlichen Auftrag zum Erlag eines auf § 3 GEG gegründeten Kostenvorschusses nicht beschwert und haben dagegen kein Rechtsmittel. Ein dennoch erhobener Rekurs ist als unzulässig zurückzuweisen.

4. Der Auftrag nach § 3 GEG bewirkt auch keine Bindung hinsichtlich der Auferlegung der vorläufigen Kostenersatzpflicht nach § 2 GEG und § 42 Abs 1 GebAG.
5. Der Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses ist eine Kostenentscheidung, gegen die der Rechtszug an den OGH gemäß § 528 Abs 2 Z 5 ZPO in jedem Fall ausgeschlossen ist.

OLG Wien vom 22. Juli 2014, 1 R 76/14z und 1 R 77/14x

Der Kläger begehrt vom Beklagten Schadenersatz von insgesamt € 300.000,- sA. Der Beklagte habe zum einen entgegen § 25 GmbHG iVm § 69 Insolvenzordnung (IO) den Konkurs verspätet beantragt, weshalb den Konkursgläubigern ein Quotenschaden wegen schuldhafter Konkursverschleppung entstanden sei, von welchem ein Teilbetrag von € 200.000,- geltend gemacht werde. Zum anderen habe der Beklagte auch trotz des Vorliegens der Voraussetzungen des § 22 Abs 1 Z 1 Unternehmensreorganisationsgesetz (URG), die ihm spätestens seit Anfang 2010 bekannt gewesen seien, rechtzeitige Reorganisationsmaßnahmen unterlassen, weshalb er für die durch die Konkursmasse nicht gedeckten Verbindlichkeiten der Schuldnerin gemäß dem URG mit € 100.000,- hafte.

Der Beklagte bestreitet dieses Vorbringen.

Keine der Prozessparteien beantragte zum Thema, ob bzw wann eine Überschuldung/Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist und/oder für den Beklagten erkennbar wurde, bzw zu einem eingetretenen Quotenschaden oder sonst zum Themenkreis der Konkursverschleppung die Einholung eines Gutachtens.

In der Tagsatzung vom 7. 11. 2013 gab das Erstgericht bekannt, das Prozessprogramm umfasse die Vernehmung sämtlicher Zeugen und parallel dazu die Einholung eines Gutachtens. In der Folge übermittelte das Erstgericht den Parteienvertretern einen Auszug aus der Sachverständigenliste mit Informationen über den Sachverständigen Mag. N. N. zur allfälligen Äußerung. Der Kläger gab daraufhin bekannt, er habe keine Einwendungen gegen die Bestellung des Sachverständigen Mag. N. N. Der Beklagte äußerte sich nicht.

Mit Beschluss vom 2. 1. 2014 bestellte das Erstgericht Mag. N. N. zum Sachverständigen, und beauftragte ihn, ein Gutachten darüber zu erstatten,

- a) ab wann die ÖABG GmbH überschuldet bzw zahlungsunfähig war;
- b) ab wann die Überschuldung bzw Zahlungsunfähigkeit für den Beklagten bei sorgfältiger Geschäftsführung erkennbar war;

- c) ob allfällige Maßnahmen des Beklagten ab diesem Zeitpunkt als sinnvolle Sanierungsbemühungen aus wirtschaftlicher Sicht sinnvoll waren; wenn ja: bis zu welchem Zeitpunkt innerhalb der Antragsfrist von 60 Tagen nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit;
- d) ob und allenfalls welcher Schaden der ÖABG GmbH dadurch entstanden ist, dass der Beklagte die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens allenfalls verspätet beantragt hat (Vergleich des hypothetischen Vermögensstandes der Gesellschaft bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags mit dem späteren Vermögensstand nach Konkursverschleppung).

Der Sachverständige werde ersucht, bekannt zu geben, wie hoch die Sachverständigengebühren voraussichtlich sein würden, damit dem Kläger der Erlag eines angemessenen Kostenvorschusses aufgetragen werden könne.

Mag. N. N. gab mit Schreiben vom 21. 1. 2014 bekannt, er habe eine erste Unterlagenanforderung bei den Parteien vorgenommen und könne noch keine auf Basis des individuellen Sachverhalts abgeleitete Gebührenwarnung abgeben. Aus seiner Erfahrung mit betriebswirtschaftlichen Gutachten zur Frage der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sei aber von einem Gebührenanspruch von wohl mindestens € 42.000,- inklusive Umsatzsteuer auszugehen. Derzeit seien die voraussichtlich anfallenden Gebühren aber nicht abschließend abschätzbar.

Mit Beschluss vom 23. 1. 2014 erteilte das Erstgericht (nur) dem Kläger den Auftrag, innerhalb von vier Wochen einen Vorschuss von € 45.000,- zur Deckung des Kostenaufwands zu erlegen, der für die Sachverständigengebühr voraussichtlich entstehen werde. Werde der Vorschuss nicht rechtzeitig erlegt, so sei das Verfahren auf Antrag der Gegenseite ohne Rücksicht auf die ausstehende Beweisaufnahme fortzusetzen.

Mit dem nun angefochtenen Beschluss vom 30. 1. 2014 erteilte das Erstgericht sodann dem Kläger und dem Beklagten den Auftrag, „einen Vorschuss von € 22.500,-“ zur Deckung des Kostenaufwands zu erlegen, der durch die Sachverständigengebühr voraussichtlich entstehen werde; der Beschluss vom 23. 1. 2014 sei damit hinfällig.

Mit dem weiteren, nun angefochtenen Beschluss vom 6. 2. 2014 trug das Erstgericht den Parteien auf, zusätzlich zu dem mit Beschluss vom 30. 1. 2014 aufgetragenen Kostenvorschuss einen weiteren Kostenvorschuss für Sachverständigengebühren von je € 10.000,- binnen vier Wochen zu erlegen. Dazu führte es begründend aus, beim ursprünglichen Auftrag seien nur jene Gebühren berücksichtigt worden, die nach der Mitteilung des Sachverständigen mindestens auflaufen würden. Es sei aber zu berücksichtigen, dass in aller Regel die Erörterung des Gutachtens beantragt werde und auch dafür erhebliche Kosten auflaufen würden. Diese müssten schon vor der erstmaligen Gutachterstattung aufgetragen werden, weil ein nachträglicher Auftrag nicht mehr durchsetzbar sei.

Gegen diese Beschlüsse richten sich die Rekurse des Beklagten, die nicht zulässig sind.

Gemäß § 365 ZPO hat der Vorsitzende anzuordnen, dass ein von ihm zu bestimmender Betrag zur Deckung des mit der Aufnahme des Beweises durch Sachverständige verbundenen Aufwands vom Beweisführer innerhalb einer bestimmten Frist vorschussweise zu erlegen ist; § 332 Abs 2 ZPO ist sinngemäß anzuwenden. „Beweisführer“ nach § 365 ZPO ist nur eine Partei, die den Sachverständigenbeweis beantragt hat (*Krammer in Fasching/Konecny*² § 365 ZPO Rz 19 mwN; *Rechberger in Rechberger, ZPO*⁴, § 365 Rz 1; *Klauser/Kodek, JN – ZPO*¹⁷, § 365 ZPO E 1).

Im vorliegenden Fall hat allerdings weder der Kläger noch der Beklagte den Sachverständigenbeweis beantragt, sodass die Bestellung des Sachverständigen durch das Erstgericht hier bei richtiger Betrachtung von Amts wegen erfolgt ist.

Bei amtswegiger Aufnahme des Sachverständigenbeweises ist die Auferlegung eines Kostenvorschusses aber nicht von § 365 ZPO gedeckt (*Rechberger, aaO, Rz 2; Krammer, aaO, Rz 21*), sondern sie kann in diesem Fall nur auf der Grundlage des § 3 GEG erfolgen (*Krammer, aaO, Rz 13; Rechberger, aaO, Rz 2; Krammer/Schmidt, SDG – GebAG*³, Anh § 42 GebAG Anm 1).

§ 3 GEG ordnet jedoch (anders als § 365 ZPO, der auf die Präklusionsvorschrift des § 332 Abs 2 ZPO verweist) keine Sanktionen bei Nichterlag des Kostenvorschusses durch die Parteien an. Daher sind die Parteien durch den gerichtlichen Auftrag zum Erlag eines auf § 3 GEG gegründeten Kostenvorschusses nicht beschwert und haben dagegen kein Rechtsmittel. Ein dennoch erhobener Rekurs ist demgemäß als unzulässig zurückzuweisen (*Krammer/Schmidt, SDG – GebAG*³, Anh § 42 GebAG Anm 19 und 20, E 22 mwN; *Krammer, aaO, Rz 16*). Der Auftrag nach § 3 GEG bewirkt auch keine Bindung hinsichtlich der Auferlegung der vorläufigen Kostenersatzpflicht nach § 2 GEG und § 42 Abs 1 GebAG (*Krammer/Schmidt, aaO, Anm 3*).

Aus diesen Rechtsgrundsätzen ergibt sich die Unzulässigkeit der beiden Rekurse wegen mangelnder Beschwerde des Beklagten in Ansehung der beiden angefochtenen Beschlüsse.

Die Rekurse waren daher zurückzuweisen.

Der Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses ist eine Kostenentscheidung, gegen die der Rechtszug an den OGH gemäß § 528 Abs 2 Z 5 ZPO in jedem Fall, also auch bei rein formaler Entscheidung der zweiten Instanz, ausgeschlossen ist (*Kodek in Rechberger, ZPO*¹, § 528 Rz 41; RIS-Justiz RS0044179).