

---

# Entscheidungen und Erkenntnisse

bearbeitet von Dr. Harald Kramer, Präsident des Oberlandesgerichtes Wien i.R.

---

## Zur Warnpflicht des Sachverständigen in Kartell- und Außerstreitverfahren (§ 25 Abs 1a GebAG)

1. Die Warnpflicht des Sachverständigen nach § 25 Abs 1a GebAG gilt uneingeschränkt auch im kartellgerichtlichen und im außerstreitigen Verfahren. Gerade in Kartellverfahren, die zu immensen Sachverständigengebühren führen können, ist es von besonderer Bedeutung, Parteien und Gericht über die Kosten des Gutachtens zu informieren.
2. Außerstreitverfahren werden nicht vom Geltungsbereich des § 25 Abs 1a GebAG ausgenommen. Da das Gesetz sogar das nicht der Parteiendisposition unterliegende Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaften ausdrücklich einbezieht, ist ein sachlicher Grund für die Ausklammerung des kartellgerichtlichen Verfahrens nicht zu erkennen.
3. Mangels Kostenvorschusses und einer Bewertung des Streitgegenstandes kommt es auf das Übersteigen der im Gesetz genannten Beträge von € 2.000,- und € 4.000,- an. Die Warnpflicht verpflichtet den Sachverständigen nicht nur zu einer ersten Bekanntgabe der voraussichtlichen Kosten, sondern er muss auch warnen, wenn sich zeigt, dass er die voraussichtliche Gebühr zu gering geschätzt hat. Denn die durch die Warnpflicht intendierten Maßnahmen, wie etwa eine Präzisierung des Gerichtsauftrags oder die Vermeidung frustrierter Aufwendungen im Beweisverfahren, können auch dann sinnvoll und notwendig sein, wenn der ursprünglich genannte Gebührensatz voraussichtlich überschritten wird.
4. Auch bei Überschreiten der eigenen Kostenschätzung entfällt der Anspruch des Sachverständigen auf weitere Gebühren, und zwar nicht nur auf weitere Gebühr für Mühewaltung. Die Warnpflicht bezieht sich auf den gesamten Gebührenanspruch des Sachverständigen im Sinne des § 24 GebAG, also etwa auch auf Reisekosten. Ein Betrag, der über die Schätzung des Sachverständigen hinausgeht, ist nicht zuzusprechen.
5. Die Dringlichkeit der Sachverständigentätigkeit im kartellgerichtlichen Verfahren entbindet den Sachverständigen nicht von der Warnpflicht. Er darf nur – hat er gewarnt – mit der dringenden Tätigkeit bis zum Zugehen einer Reaktion fortfahren.
6. Auch wenn die erstgerichtliche Gebührenbestimmung von den Verfahrensparteien im unterschied-

lichen Umfang bekämpft wurde, kann gegenüber dem Bund der Höhe nach nur ein Gebührenanspruch bestehen. Der Gebührenanspruch ist ein öffentlich-rechtlicher Anspruch, der sich – insbesondere wenn kein Kostenvorschuss erliegt – gegen den Bund richtet und vom Gericht mittels Beschlusses bestimmt wird (§ 42 GebAG), auch wenn den Verfahrensparteien eine Rechtsmittelbefugnis eingeräumt ist. Maßgeblich ist der jeweils größere Anfechtungsumfang. Insoweit begründet die Untätigkeit der anderen Parteien keine Teilrechtskraft.

OGH vom 7. Februar 2011, 16 Ok 7/10

Beide Amtsparteien beantragten am 14. 9. 2009 die Prüfung des von den Antragsgegnerinnen angemeldeten Medienzusammenschlusses. Nach einem Verbesserungsauftrag, der bereits die Ankündigung der beabsichtigten Einholung eines Sachverständigengutachtens enthielt, sowie diversen Stellungnahmen zu den insgesamt rund 80-seitigen Prüfungsanträgen und einer mündlichen Verhandlung bestellte das Erstgericht am 22. 10. 2009 einen Sachverständigen und erteilte ihm einen umfangreichen, mehr als 10 Seiten umfassenden Gutachtensauftrag zur Erledigung binnen sechs Wochen. Der Sachverständige sollte nach Vorliegen ergänzender Informationen auch eine vorläufige Abschätzung der zu erwartenden Gutachterskosten abgeben. Nach weiteren, auch mehrfachen Stellungnahmen der Parteien präziserte und ergänzte das Erstgericht den Gutachtensauftrag mit Beschluss vom 20. 1. 2009. Am 22. 11. 2009 schätzte der Sachverständige seinen Gutachtensaufwand aufgrund des umfangreichen Prüfungsprogramms mit rund € 200.000,-. Nach einer weiteren Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde konkretisierte der Sachverständige am 30. 11. 2009 seine Kostenschätzung, aufgeteilt auf die unterschiedlichen Mitarbeitergruppen und in diesen nach Stunden, und gelangte so zu einem Gesamtbetrag von € 205.700,-.

Am 9. 12. 2009 legten die Antragsgegnerinnen eine umfangreiche Stellungnahme zum „vorläufigen Zwischenstand“ der Ermittlungen des Sachverständigen sowie eine weitere Stellungnahme zu den vom Zusammenschlussvorhaben intendierten Beteiligungsverhältnissen vor.

Mit am 21. 12. 2009 beim Kartellgericht eingelangtem Schriftsatz zog die Zweitantragsgegnerin die Anmeldung des Zusammenschlusses zurück, weil sie von der zugrunde liegenden Vereinbarung rechtswirksam zurückgetreten

sei. Die noch am selben Tag vom Kartellgericht zur Stellungnahme aufgeforderte Erstantragsgegnerin gab am 23. 12. 2009 lediglich die Bevollmächtigung eines anderen Rechtsanwalts bekannt und beantragte am 4. 1. 2010 die Erstreckung der Stellungnahmefrist bis 18. 1. 2010.

In der Zwischenzeit langte am 5. 1. 2010 das – rund 200 Seiten umfassende – Gutachten des Sachverständigen beim Erstgericht ein. Das Erstgericht veranlasste am 6. 1. 2010 dessen elektronische Versendung an die Parteien und setzte die mündliche Verhandlung zur Gutachtenserörterung für den 25. 1. 2010 an.

Am 15. 1. 2010 teilte die Erstantragsgegnerin mit, dass auch sie von der Zusammenschlussanmeldung Abstand nehme.

Daraufhin zogen die Amtsparteien am 19. 1. 2010 ihre Prüfungsanträge zurück, und das Kartellgericht stellte am 20. 1. 2010 das Prüfungsverfahren ein. Am selben Tag forderte es den Sachverständigen auf, seine Gebührenansprüche bekannt zu geben.

Die Gebührennote lautet auf einen Gesamtbetrag von € 278.750,80. Ihr sind ein Reisekostennachweis für den Zeitaufwand der einzelnen Mitarbeiter (Timesheets) sowie anonymisierte Rechnungen für außergerichtliche Tätigkeiten des Sachverständigen aus dieser Zeit mit den entsprechenden verrechneten Stundensätzen angeschlossen.

Die beiden Antragsgegnerinnen erhoben Einwendungen gegen die Sachverständigengebühren, soweit sie den Kostenschätzungsbetrag von € 205.700,– bzw € 200.000,– plus Reisekosten übersteigen.

Mit dem angefochtenen Beschluss bestimmte der Vorsitzende des Kartellsenats die Gebühren des Sachverständigen entsprechend der Gebührennote mit € 278.750,80. § 25 GebAG über die Warnpflicht des Sachverständigen sei im kartellgerichtlichen Verfahren nicht anzuwenden, weshalb der Sachverständige auch bei unterlassener Warnung seines Gebührenanspruchs nicht verlustig gehe.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Rekurse der beiden Antragsgegnerinnen mit dem Abänderungsantrag, die Gebühren des Sachverständigen mit € 211.315,80 festzusetzen (Erstantragsgegnerin) bzw mit € 205.700,– zu bestimmen (Zweittragsgegnerin). In eventu werden jeweils Aufhebungsanträge gestellt.

Der Sachverständige beantragt, den Rekursen nicht Folge zu geben, ebenso der Bundeskartellanwalt.

Die Rekurse sind berechtigt.

1. Die Rekurswerberinnen wenden zusammengefasst ein, dass das kartellgerichtliche Verfahren in § 1 GebAG nicht ausgenommen werde und daher insbesondere auch dessen § 25 Abs 1a GebAG – zumindest analog – anzuwenden sei. Der Gesetzgeber habe Verfahren nach dem AußStrG nicht ausnehmen wollen. Auch vor dem Oberlan-

desgericht Wien als Kartellgericht werde daher die Warnpflicht des § 25 Abs 1a GebAG ausgelöst. Der Zweck der Warnpflicht liege in der Dispositionsfreiheit der anmeldenden Unternehmen, die auch der Untersuchungsgrundsatz des kartellgerichtlichen Verfahrens nicht hindere. Das Gericht und die Parteien sollten sich möglichst frühzeitig eine grobe Vorstellung von den Kosten des Gutachtens und vom Sinn des Gutachtensaufwands machen können. Ansonsten entstehe eine uferlose Zahlungspflicht, weil der Zeitaufwand des Sachverständigen kaum überprüfbar sei und Auswüchsen nicht entgegengetreten werden könne. Darüber hinaus seien nach § 35 AußStrG die Kostenvorschussregelungen des § 365 ZPO analog anzuwenden. Dass das Erstgericht dennoch keinen Kostenvorschuss auferlegt habe, könne die Bestimmung überhöhter Gebühren nicht rechtfertigen. Letztlich liege ein Kostenvorschuss nach § 1170a Abs 2 ABGB vor, sodass Mehrarbeiten bei beträchtlicher Überschreitung anzuzeigen gewesen wären. Diese Warnpflicht binde auch den Sachverständigen im Rahmen des Verfahrens.

2. Nach § 1 Abs 1 GebAG hat der Sachverständige in gerichtlichen Verfahren und in Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Anspruch auf Gebühren nach diesem Bundesgesetz.

§ 25 Abs 1a GebAG in der Fassung BGBl I 2007/111 normiert eine Warnpflicht des Sachverständigen. Danach hat der Sachverständige das Gericht oder die Staatsanwaltschaft rechtzeitig darauf hinzuweisen, wenn zu erwarten ist oder sich bei der Sachverständigentätigkeit herausstellt, dass die tatsächlich entstehende Gebühr die Höhe des Kostenvorschusses, mangels eines solchen den Wert des Streitgegenstands oder € 2.000,–, im Verfahren vor dem Landesgericht oder im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft aber € 4.000,– übersteigt, wenn das Gericht oder die Staatsanwaltschaft den Sachverständigen nicht anlässlich des Auftrags von dieser Verpflichtung befreit hat. Unterlässt der Sachverständige den Hinweis, entfällt insoweit der Gebührenanspruch. Unaufschiebbar Tätigkeiten können aber auch vor der Warnung oder dem Zugang einer Reaktion darauf begonnen werden.

3. Die Bestimmung ist durch das BRÄG 2008, BGBl I 2007/111, eingeführt worden. Zweck dieser Novelle des GebAG war es vor allem, Änderungen im Bereich des strafrechtlichen Vorverfahrens Rechnung zu tragen (303 BlgNR 23. GP, 1 und 9). Nach den Materialien verfolgt die Neuregelung der Warnpflicht den Zweck, dass sich Gericht und Parteien möglichst frühzeitig eine grobe Vorstellung von den Kosten des Gutachtens und dem Sinn des Gutachtensaufwands machen können, um gegebenenfalls den Gutachtensauftrag präziser zu fassen und frustrierte Aufwendungen im Beweisverfahren zu vermeiden (303 BlgNR 23. GP, 47).

4. Auf das kartellgerichtliche Verfahren wird zwar weder im Gesetzestext noch in den Materialien ausdrücklich Bezug genommen; die Erwägungen der Materialien gelten aber auch für dieses. Gerade bei den dort regelmäßig umfang-

reichen und komplexen Aufgabenstellungen der Sachverständigen, die – wie der vorliegende Fall eindrucksvoll zeigt – zu immensen Gebühren führen können, ist es von besonderer Bedeutung, Parteien und Gericht über die Kosten des Gutachtens zu informieren.

Da das Gesetz, wie auch die Rekurswerberinnen betonen, Außerstreitverfahren nicht von seinem Geltungsbereich ausnimmt, sondern sogar das nicht der Parteiendisposition unterliegende Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaften ausdrücklich einbezieht, ist ein sachlicher Grund für die Ausklammerung gerade des kartellgerichtlichen Verfahrens nicht zu erkennen.

5. Im vorliegenden Verfahren wurde zwar kein Kostenvorschuss auferlegt; es ist auch keine Bewertung des Streitgegenstands in Kartellsachen vorgesehen; es war aber, wie die Kostenschätzung des Sachverständigen zeigt, zu erwarten, dass die Gebühr weit mehr als die im Gesetz genannten Beträge von € 2.000,- und € 4.000,- beträgt. Damit wurde die Warnpflicht des Sachverständigen begründet, die nicht nur zu einer ersten Bekanntgabe der voraussichtlichen Kosten verpflichtet, sondern der Sachverständige muss auch warnen, wenn sich zeigt, dass er die voraussichtliche Gebühr zu gering geschätzt hat. Andernfalls würde der Zweck der gesetzlichen Regelung nur unvollkommen erreicht. Denn die in den Materialien genannten Maßnahmen, wie etwa eine Präzisierung des Gutachtensauftrags und die Vermeidung frustrierter Aufwendungen im Beweisverfahren, können auch dann sinnvoll und notwendig sein, wenn der ursprünglich genannte Gebührenbetrag voraussichtlich überschritten wird.

Der Sachverständige muss daher auch vor dem Überschreiten der eigenen Kostenschätzung – bei sonstigem Entfall seiner weiteren Gebühren – warnen. Da die Warnpflicht des Sachverständigen schon nach § 25 Abs 1a GebAG begründet ist, braucht auf § 1170a ABGB nicht mehr eingegangen werden.

6. Zu prüfen bleibt, ob sich der Sachverständige im Sinne des letzten Satzes von § 25 Abs 1a GebAG darauf berufen kann, dass seine Tätigkeit unaufschiebbar gewesen sei und er daher nicht habe zuwarten müssen.

Im kartellgerichtlichen Verfahren zur Prüfung von Zusammenschlüssen schlägt die dort für das Gericht vorgegebene kurze Entscheidungsfrist regelmäßig auch auf die Frist für die Erstellung des Gutachtens durch. In aller Regel ist die Erstellung des Gutachtens dringend und für das Kartellgericht unverzichtbar, solange nicht der Prüfungsantrag oder zumindest die ihn auslösende Zusammenschlussanmeldung zurückgezogen wurde.

Die Dringlichkeit der Tätigkeit entbindet den Sachverständigen aber nicht von der Warnpflicht selbst, er darf nur – hat er gewarnt – mit der dringenden Tätigkeit bis zum Zugehen einer Reaktion fortfahren. Im vorliegenden Fall hat der Sachverständige nicht vor der drohenden Überschreitung seiner Kostenschätzung gewarnt, sodass er

sich auch nicht darauf berufen kann, er habe eine allfällige Reaktion nicht abwarten müssen.

7. Insoweit der Sachverständige seine Warnpflicht verletzt hat, entfällt nach § 25 Abs 1a Satz 2 GebAG sein Gebührenanspruch. Es stehen daher Gebühren nur in Höhe des bekannt gegebenen Betrags zu. Da sich die Warnpflicht nach § 25 Abs 1a GebAG auf den gesamten Gebührenanspruch des Sachverständigen bezieht und nicht nur auf die Gebühr für Mühewaltung, sind ihm auch über seine Schätzung hinausgehende Beträge für sonstige Teile des Gebührenanspruchs iSd § 24 GebAG, im vorliegenden Fall Reisekosten, nicht zusätzlich zuzusprechen.

8. Die Parteien haben die Gebührenbestimmung des Erstgerichts in unterschiedlichem Umfang bekämpft. Es stellt sich daher die Frage, wie weit die Teilrechtskraft reicht.

Der Gebührenanspruch ist ein öffentlich-rechtlicher Anspruch, der sich – insb wenn wie hier kein Kostenvorschuss erliegt – gegen den Bund richtet und vom Gericht mittels Beschlusses bestimmt wird (siehe § 42 GebAG), auch wenn den Verfahrensparteien eine Rechtsmittelbefugnis eingeräumt ist. Gegenüber dem Bund kann der Höhe nach nur ein Gebührenanspruch bestehen, auch wenn die mehreren Verfahrensparteien den Anspruch in unterschiedlichem Ausmaß bekämpft haben. Die Gebühren waren daher – auch mit Wirkung für die ersatzpflichtige Erstantragsgegnerin – mit dem der Schätzung entsprechenden Betrag von € 205.700,- zu bestimmen, obwohl nur die Zweitantragsgegnerin Einwendungen gegen die gesamten diesen Betrag übersteigenden Gebühren erhoben hat, während die Zweitantragsgegnerin beantragt hat, die Gebühren mit € 211.315,80 festzusetzen.

### **Anmerkung:**

*Die hier abgedruckte Entscheidung des OGH vom 7. 2. 2011, 16 Ok 7/10, ist vor allem deshalb hervorzuheben, weil sie höchstgerichtlich klarstellt, dass die Warnpflicht des Sachverständigen nach § 25 Abs 1a GebAG **auch in Außerstreitverfahren gilt**.*

*Die Geltung der Warnpflicht **in allen gerichtlichen Verfahren – ausnahmslos** – wird aus dem Gesetzestext und den Materialien **überzeugend begründet**. Damit sollte den von mehreren Rechtsmittelgerichten angestellten Überlegungen, dass in bestimmten Außerstreitverfahren – etwa Obsorge- oder Besuchsrechtsverfahren – Ausnahmen von der Warnpflicht der Sachverständigen bestehen, eine klare Absage erteilt sein (vgl auch meinen Aufsatz „Zur Warnpflicht des Sachverständigen gemäß § 25 Abs 1a GebAG“ in RZ 2009, 228).*

**Harald Kramer**