

§ 30 Z 1 GebAG und der Gleichheitssatz

Anmerkungen zu OLG Wien 10. 12. 2015, 14 R 113/15p, und anderen Entscheidungen

1. Vorbemerkung

In der letzten Ausgabe dieser Zeitschrift wurde die Entscheidung des OLG Wien vom 10. 12. 2015, 14 R 113/15p, auszugsweise abgedruckt.¹ Diese und andere problematische Entscheidungen in Gebührensachen² geben Anlass dazu, aus der Perspektive des Verfassungsrechts kritisch Stellung zu beziehen und auf bedenkliche Begründungsansätze in der gebührenrechtlichen Rechtsprechung hinzuweisen.³

Das OLG Wien sprach in der Bezug habenden Entscheidung zusammengefasst Folgendes aus:

- Kosten für Hilfskräfte nach § 30 Z 1 GebAG seien nur so weit zu ersetzen, als der Sachverständige diese Kosten für die Arbeitsleistung der Hilfskräfte auch tatsächlich aufwenden musste.
- Der Zukauf von Leistungen von Hilfskräften einer GmbH, bei welcher der Sachverständige selbst nicht nur Geschäftsführer, sondern auch Gesellschafter ist, sei als ein In-sich-Geschäft zwischen dem Sachverständigen und „seiner“ Gesellschaft, an der er als Gesellschafter beteiligt ist, zu qualifizieren. Der Sachverständige verrechnet dann regelmäßig nicht bloß den tatsächlichen, konkret entstandenen Gehaltsaufwand für die Hilfskräfte, sondern auch zu seinen eigenen Gunsten als Gesellschafter der GmbH zusätzlich Gewinne, Risikozuschläge und Fixkosten der GmbH. Der Zukauf von Arbeitsleistungen der „eigenen“ Gesellschaft der Sachverständigen stelle eine Umgehung der Prinzipien des § 30 GebAG dar. Ein Ersatz der von der GmbH verrechneten Stundensätze für die von ihr beigestellten Hilfskräfte sei daher unstatthaft.
- Auch wenn der Sachverständige nur ein zu 25 % beteiligter Gesellschafter der GmbH sei, ändere dies nichts an dem Umstand, dass die GmbH auch zu seinen Gunsten Gewinn- und Risikozuschläge sowie Fixkosten bei den Stundensätzen der Hilfskräfte verrechnet. Es müsse daher von einem Umgehungsgeschäft ausgegangen werden, auf das die Prinzipien des § 30 GebAG direkt anzuwenden sind.

In seiner kurzen Glosse zu dieser Entscheidung hält *Krammer* (ohne nähere Begründung) fest: „Die derzeitige Rechtsprechung ... halte ich ausgehend von der bestehenden

Gesetzeslage für zutreffend begründet.“⁴ Die in Rede stehende Einschätzung *Krammers* bzw der OLG⁵ teile ich nicht. Sie führt zu verfassungsrechtlich problematischen Konsequenzen, insbesondere in grundrechtlicher Hinsicht, die man weder dem historischen Gesetzgeber unterstellen darf noch dem einzelnen Sachverständigen zumutbar sind. Auf diesen Aspekt ist nachfolgend einzugehen.

2. Gebot der verfassungskonformen Interpretation

2.1. Historische Fiktion versus intrasystematische Fortentwicklung

Das GebAG 1975 ging von der Idealfigur eines nebenberuflich tätigen Sachverständigen aus, der fallweise im Auftrag der Justiz Gutachten erstellt.⁶ Gute vier Jahrzehnte sind vergangen. Das Gesetz blieb in seiner Grundsystematik unverändert. Nur die praktischen Rahmenbedingungen, unter denen ein Sachverständiger Gutachtensaufträge erfüllt, haben sich seither gewandelt (aus Sicht des Verfassungsrechts: „intrasystematisch fortentwickelt“).

Zwar beauftragt die Justiz weiterhin den einzelnen Sachverständigen mit der Erstellung von Befund und Gutachten, nicht aber Steuerberatungsgesellschaften. Zur Erfüllung des justiziellen Auftrages bedarf es jedoch professioneller Hilfestellung; Gutachtensaufträge in Wirtschafts(straf)verfahren kann der Sachverständige in der gebotenen Zeitspanne oftmals nicht mehr alleine erledigen. Daher zieht der Sachverständige zur Erfüllung des Auftrages qualifizierte Fachkräfte (Hilfskräfte gemäß § 30 GebAG) bei. Diese Fachkräfte sind aber nicht direkt beim Sachverständigen, sondern bei Steuerberatungsgesellschaften angestellt. Der Sachverständige ist oftmals Gesellschafter und/oder Geschäftsführer dieser Gesellschaft, was an sich nicht schadet.

2.2. Trotz Neuerungen: Gesetz weiterhin verfassungskonform vollziehbar

Dass sich die Praxis mittlerweile von den ursprünglichen Annahmen des historischen Gesetzgebers des GebAG ein Stück weit entfernt hat, ändert nichts an der Tatsache, dass das GebAG (weiterhin) verfassungskonform auslegbar und vollziehbar ist. Einfache Gesetze sind im Einklang mit dem Verfassungsrecht auszulegen (Konformitätsinter-

pretation).⁷ Für den Rechtsanwender bedeutet dies, dass er jene von mehreren (mit den gängigen gleichrangigen Interpretationsmethoden erzielbaren) Interpretationsergebnissen auszuschließen hat, die mit dem Verfassungsrecht⁸ nicht vereinbar sind. Dieser Anforderung wird die Bezug habende Entscheidung des OLG Wien nicht gerecht.

Ist daher eine Regelung wie § 30 GebAG in verschiedener Weise interpretierbar, sind jene Auslegungsergebnisse auszuschließen, welche der Verfassung widersprechen. Die Auslegung ist damit auf jene Interpretation(en) zu reduzieren, die mit der Verfassung in Einklang steht (stehen). Auf diesem Weg kann eine dem Gesetz möglicherweise inhärente Verfassungswidrigkeit durch richtige Auslegung vermieden werden.

Bezogen auf den konkreten Fall bedeutet das: Welche Hilfskräfte ein Sachverständiger letztlich zur Erfüllung eines justiziellen Auftrages beizieht, macht in gebührenrechtlicher Hinsicht letztlich keinen Unterschied: Es ist gleichgültig, ob er Fachkräfte mittels Werkvertrages von einer Drittgesellschaft (bei der die Fachkräfte beschäftigt sind) in Auftrag nimmt⁹ oder solche von seiner „eigenen“ Betriebsgesellschaft beizieht. In beiden Fällen muss der Sachverständige der vermittelnden Gesellschaft den jeweils marktüblichen Stundensatz bezahlen.

2.3. Letztlich auch eine Frage der „richtigen Betrachtungsweise“ ...

In diesem Zusammenhang sei auf das VwGH-Erkenntnis vom 4. 9. 2014, 2011/15/0149, hingewiesen, das in vergleichbarem Zusammenhang (zur sogenannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise) festhält: Eine nicht am Markt operativ tätige, tatsächlich „bloß“ zwischengeschaltete Management-GmbH ist als juristische Person bzw als (Steuer-)Subjekt, losgelöst vom 100 %- bzw Alleingesellschafter zu behandeln. Es ist kein Durchgriff auf den Alleingesellschafter mit entsprechender Einkünftezurechnung bzw Veranlagung zur Einkommensteuer zulässig.

Der VwGH hat daher einer beliebigen wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine „Abfuhr“ erteilt. Lediglich „die tatsächliche, nach außen in Erscheinung tretende [rechtliche] Gestaltung“ ist maßgeblich. Es ist kein überzeugender Grund ersichtlich, diesen Gedanken nicht auch auf das GebAG zu übertragen. Daraus folgt, dass der jeweilige Sachverhalt so betrachtet werden muss, wie er ist.

Im diametralen Gegensatz dazu führen die OLG in Gebührensachen aus, dass der Zukauf von Leistungen von Hilfskräften einer GmbH, bei welcher der Sachverständige selbst nicht nur Geschäftsführer, sondern auch Gesellschafter ist, als ein sogenanntes In-sich-Geschäft (sic!) zwischen dem Sachverständigen und „seiner“ Gesellschaft, an der er als Gesellschafter beteiligt ist, zu qualifizieren sei. Der Sachverständige würde regelmäßig nicht bloß den tatsächlichen, konkret entstandenen Gehaltsaufwand für die Hilfskräfte, sondern auch zu seinen eigenen Gunsten als Gesellschafter der GmbH zusätzlich Gewinne,

Risikozuschläge und Fixkosten der GmbH verrechnen. Der Zukauf von Arbeitsleistungen der „eigenen“ Gesellschaft der Sachverständigen würde eine „Umgehung“ der Prinzipien des § 30 GebAG¹⁰ darstellen.

Wie zu zeigen ist, hält diese Auffassung einer Überprüfung am Maßstab des Gleichheitssatzes nicht stand.

3. Gerichtliche Auslegung des § 30 GebAG nicht verfassungskonform

3.1. Allgemeines

Die zitierte Rechtsprechung in Gebührensachen beruht auf der verfassungsrechtlich bedenklichen Auffassung, dass Kosten für Hilfskräfte, die in einer Gesellschaft angestellt sind, deren Gesellschafter der Sachverständige ist, nur im Gehaltsaufwand – Gehalts- und Gehaltsnebenkosten – zu ersetzen seien. Irrelevant wären hingegen die am freien Markt erzielbaren Stundensätze; der begehrte Ersatz von Stundensätzen für Hilfskräfte in einer Höhe, die außergerichtlich von Klienten für den Einsatz der Hilfskräfte zu erzielen wären, sei damit *in casu* nicht statthaft. Diese Auffassung ist verfassungswidrig. Konkret unterstellt sie § 30 Z 1 GebAG einen Inhalt, der mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art 7 Abs 1 B-VG) nicht in Einklang zu bringen ist.¹¹ Bedenklich ist zudem, dass sich die zitierten Entscheidungen der OLG mit diametral entgegengesetzten Entscheidungen anderer Gerichte nicht einmal im Ansatz auseinandergesetzt haben.¹²

3.2. Willkürliche Gesetzesauslegung

Das GebAG beruht auf dem Grundsatz, dass die Honorierung des Sachverständigen marktkonform zu erfolgen hat (§ 34 GebAG); das Honorar hat sich nach jenen Einkünften zu richten, „die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge.“¹³ Die Kosten für Hilfskräfte sind nach § 30 Z 1 GebAG ebenfalls im „üblichen Ausmaß“¹⁴ zu ersetzen. Das GebAG will in diesem Zusammenhang sicherstellen, dass der Sachverständige in seinem Aufwand (für die notwendige Heranziehung von Hilfskräften)¹⁵ nicht ohne triftigen Grund geschmälert wird,¹⁶ wobei aus historischer und teleologischer Sicht im Zweifel marktkonforme Stundensätze¹⁷ für die Heranziehung von Hilfskräften anzusetzen sind.¹⁸ Aus den Erläuterungen zum GebAG erhellt, dass der Gesetzgeber dem Sachverständigen einen gebührenrechtlichen Anspruch auf Ersatz im üblichen Ausmaß der „tatsächlich aufgelaufenen“ Kosten einräumen will.

Wenn die zitierte Rechtsprechung jedoch ohne überzeugende Begründung annimmt, es sei als tatsächlicher Aufwand im Sinne des § 30 Z 1 GebAG ausschließlich der Personalaufwand (das heißt Bruttogehalt samt Gehaltsnebenkosten) ohne Fix- bzw Gemeinkosten zu berücksichtigen, nicht hingegen die vom Sachverständigen „seiner“ Gesellschaft für die Verwendung der Angestellten tatsäch-

lich zu bezahlenden fremd- und marktüblichen Stundensätze, entfernt sich die gerichtliche Auffassung von den Vorgaben des GebAG und insbesondere auch dem historisch nachweisbaren Konzept, welches dem GebAG zugrunde liegt.

Die zitierte Auffassung der OLG hätte die absurde Konsequenz, dass – bezogen auf § 30 Z 1 GebAG – zwischen Hilfskräften, die der Sachverständige von der Gesellschaft, in der er Gesellschafter ist, zukauf, und anderen Hilfskräften, die er von dritter Seite zukauf, zu unterscheiden wäre. Denkt man die Auffassung zu Ende, hätte dies zur Folge, dass § 30 GebAG den „Zukauf“ von Arbeitsleistungen von der „eigenen“ Gesellschaft des Sachverständigen nicht zulassen würde.

Es überrascht daher nicht, dass die OLG im Zusammenhang mit der Zuziehung von Fachkräften der eigenen Gesellschaft durch den Sachverständigen von einer „Konstruktion“ sprechen, die darauf abziele, § 30 GebAG zu umgehen; ferner, dass ein „unzulässiges In-Sich-Geschäft“ vorliege (die Abgeltung von Hilfskräften nach Maßgabe marktüblicher Stundensätze sei quasi „unstatthaft“).¹⁹ Diese Auffassung ist aus mehreren Gründen nicht haltbar.

3.3. Wortlaut, Systematik und Historie des GebAG sind eindeutig

Die zuvor angesprochene gerichtliche Auslegung des GebAG ist verfassungsrechtlich bedenklich und gerät mit dem Gleichheitssatz in Konflikt.²⁰ Sie findet weder im Gesetzeswortlaut noch in den einschlägigen Materialien Deckung und kann dem historischen Gesetzgeber nicht (ohne Weiteres) als gewollt unterstellt werden. Im Gegenteil: Die in der Rechtsprechung vertretene Position steht sogar im klaren Widerspruch zum tragenden gebührenanspruchsrechtlichen Grundsatz der marktkonformen Entlohnung von Sachverständigen.

Es ist unerfindlich, dass das GebAG eine solche in der Praxis geläufige Konstellation – Heranziehung von Fachkräften der „eigenen“ Gesellschaft – *per se* ausschließen wollte; Wortlaut, Systematik und historische Entwicklung des GebAG legen einen solchen Schluss nicht nahe.

Mangels anderweitiger gesetzlicher Anordnung ist es daher nicht nachvollziehbar, warum ein Sachverständiger nur den Personalaufwand für die von ihm aus der „eigenen“ Gesellschaft herangezogenen Hilfskräfte ansetzen darf, sämtliche andere Kostenfaktoren jedoch ausgeklammert bleiben müssen. Es überzeugt daher nicht, dass es einem Sachverständigen, der Gesellschafter und Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft ist und für die Gutachtenserstellung Leistungen der Hilfskräfte „seiner“ Gesellschaft zukauf, nicht erlaubt sein soll, der Gebührenkalkulation marktübliche und der Gesellschaft tatsächlich abgegebene Stundensätze für die Kompensation der Kosten für herangezogene Hilfskräfte zugrunde zu legen. Nach § 30 Z 1 GebAG ist nämlich ein Ersatz des notwendigen (marktüblichen) Aufwandes des Sachverständigen für Hilfskräfte

gesollt; der Ansatz „irgendeines anderen“ (Teil-)Kostenfaktors durch die Rechtsprechung ist mit den Vorgaben des GebAG nicht (ohne Weiteres) in Einklang zu bringen.

Die Auffassung der Rechtsprechung hätte zur Konsequenz, dass Sachverständige zwar von Drittgesellschaften externe Hilfskräfte auf Basis einer marktüblichen Entlohnung heranziehen können, für – ebenfalls zugekaufte und insoweit ebenfalls externe – Hilfskräfte, die in ihrer eigenen Gesellschaft (die wohlgemerkt nicht zum Sachverständigen bestellt wurde!) angestellt sind, jedoch nur den anteiligen Gehaltsaufwand verrechnen dürfen. Dies, obwohl beide dieselben Leistungen erbringen und beide aus Sicht des bestellten Sachverständigen gleichermaßen „extern“ in Bezug auf den ihm erteilten gerichtlichen Auftrag sind. Diese Ungleichbehandlung ist durch keine sachlichen Erwägungen zu rechtfertigen.

3.4. Gebot der Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Grundsätze

Darüber hinaus steht die in der Rechtsprechung vertretene Auffassung, lediglich der tatsächliche Personalaufwand sei abzugelten, zu dem Stand der betriebswirtschaftlichen Wissenschaft und zu jeglichem unternehmerischem Handeln in diametralem Widerspruch.²¹ Dass das GebAG auf betriebswirtschaftliche Grundsätze referenziert²² und diese daher bei der Auslegung (auch) des § 30 GebAG zu beachten sind, ergibt sich aus folgendem Gedankengang:

In der Betriebswirtschaft stellt der Begriff der Kosten den Werteinsatz zur Leistungserstellung dar; ist von tatsächlichen Kosten die Rede, ist daher der gesamte durch die Leistungserbringung verursachte Werteinsatz zu berücksichtigen. Dabei sind die Einkünfte, die der Leistungserbringer für eine vergleichbare anderweitige Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge, als Opportunitätskosten als Obergrenze zu berücksichtigen. Zieht der Sachverständige Hilfskräfte bei, ist nach betriebswirtschaftlichen Standards daher nicht die Entlohnung der Hilfskräfte im Innenverhältnis, sondern der vom Markt bezahlte Preis maßgeblich. Dass dieses betriebswirtschaftlich zwingende Ergebnis auch vom historischen Gesetzgeber gewollt war, ergibt sich aus den Materialien zum GebAG, wonach dem Sachverständigen, der zur Erfüllung seiner Aufgaben Hilfskräfte heranzieht, der tatsächliche Aufwand ungeschmälert zu ersetzen ist.²³ Auch dem GebAG liegt damit das betriebswirtschaftlich anerkannte Kostendeckungsprinzip zugrunde.²⁴

In seinem unveröffentlichten Gutachten betreffend die betriebswirtschaftlichen Grundlagen für die Beiziehung von Hilfskräften führt *Dieter Mandl* wie folgt aus:

„Für die Bestimmung der ‚Kosten für Hilfskräfte‘ gilt betriebswirtschaftlich das Opportunitätskostenprinzip. Demzufolge sind im Falle des Einsatzes eigener/angestellter Hilfskräfte die Hilfskraftkosten nach dem Erlös/Preis zu bestimmen, der dem SV verloren geht, weil er eigene Hilfskräfte für das Gutachten heranzieht, die anderswo Erlöse bringen wür-

den. Setzt der SV fremde Hilfskräfte ein, bestimmen sich die Kosten nach dem in der Rechnung ausgewiesenen Rechnungspreis des fremden Unternehmers für die Hilfskräfte bzw deren Hilfsleistungen.

Aus dem GebAG ergibt sich, dass für den Ersatz für die ‚Kosten für Hilfskräfte‘ das Vollkostendeckungsprinzip gilt/ besteht und sich aus § 30 GebAG eine Vollkostendeckungsgarantie ableiten lässt.²⁵

Auch dies führt zu der Beurteilung, dass die ausschließliche Verrechnung der Gehalts- und Gehaltsnebenkosten nicht dem *telos* des GebAG entspricht und eine denkunmögliche Auslegung des GebAG darstellen würde, was dem Gleichheitssatz gemäß Art 7 Abs 1 B-VG widerspricht.

3.5. Torpedierung unternehmensrechtlicher Grundsätze

3.5.1. Allgemeines

Die Rechtsprechung ist auch aus einem anderen Grund verfassungsrechtlich problematisch und daher mit dem Gleichheitsgrundsatz nicht vereinbar. Aus dem Gleichheitssatz folgt die Pflicht der rechtsprechenden Organe, bei der Auslegung des GebAG Zusammenhänge mit anderen Bundesgesetzen (wie zB dem GmbHG, dem FinStrG oder dem StGB) zu berücksichtigen, um ein gleichheitswidriges Auslegungsergebnis zu vermeiden (systematische Auslegung); die genannten Gesetze sind schon aufgrund ihres gleichen Ranges als einfache Bundesgesetze harmonisierend zu interpretieren.²⁶

3.5.2. Fehlende Berücksichtigung des Verbots der Einlagenrückgewähr

Die gerichtlich propagierte Auslegung des § 30 Z 1 GebAG lässt zentrale gesellschafts- und strafrechtliche Gesetzesvorschriften außer Acht. So negiert die gerichtliche Entscheidung das bei Kapitalgesellschaften geltende (zwingende) Verbot der Einlagenrückgewähr²⁷ gemäß § 82 GmbHG.²⁸ Gegen das Verbot verstößt jegliches Rechtsgeschäft zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern bzw Geschäftsführern, das einem Drittvergleich nicht standhält. Wenn daher der Sachverständige als Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH zur Erledigung eines Gutachtensauftrages Leistungen von Hilfskräften „seiner“ Gesellschaft zukauft, hat er als ordentlicher Unternehmer zwingend darauf zu achten, dass er „seiner“ Gesellschaft für die Tätigkeit der Hilfskräfte ein marktübliches²⁹ Honorar bezahlt.³⁰ Andernfalls würde er gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen und den im Kapitalgesellschaftsrecht anerkannten Sorgfaltsmaßstab nach § 25 Abs 1 GmbHG verletzen.³¹

3.5.3. Fehlende Berücksichtigung des § 153 StGB

Ein Gesellschafter bzw Geschäftsführer einer GmbH, der wissentlich gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ver-

stößt, könnte zudem den Tatbestand des § 153 StGB verwirklichen.³² Wenn ein Sachverständiger, der Gesellschafter und/oder Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft ist, Leistungen veranlasst, zu denen die Gesellschaft aufgrund der Nichtigkeit des an sich intendierten Rechtsgeschäfts nicht verpflichtet ist, würde er gegen die Pflicht verstoßen, das Gesellschaftsvermögen zu wahren und im Interesse der Gesellschaft zu handeln; es läge ein Befugnismissbrauch vor. Zudem würde er der Gesellschaft einen Schaden zufügen, weil die Gesellschaft unterpreisig Leistungen erbringt, zu denen sie aufgrund der Nichtigkeit bzw Schadensgeneigntheit des Geschäftes nicht verpflichtet werden kann. Es könnte daher in diesen Konstellationen zur Verwirklichung des Tatbestands der Untreue kommen.

3.5.4. Fehlende Berücksichtigung des steuerrechtlichen Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung

Verdeckte Gewinnausschüttungen im Sinne des § 8 Abs 2 KStG sind nach ständiger Rechtsprechung des VwGH als „alle nicht ohne Weiteres als Ausschüttung erkennbaren Zuwendungen (Vorteile) an die an einer Körperschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligten Personen angesehen, die zu einer Gewinnminderung der Körperschaft führen und die dritten, der Körperschaft fremd gegenüberstehenden Personen nicht gewährt werden“.³³ Erfasst sind beispielsweise von der Gesellschaft zu fremdunüblich niedrigem Entgelt erbrachte Leistungen an Gesellschafter oder ein unangemessen hohes Entgelt, das die Gesellschaft für Dienste bzw Kapital des Anteilseigners entrichtet.³⁴

In diesem Zusammenhang genügt es, bezüglich der Frage der unterpreisig bzw nicht „im Bereich der üblichen Stundensätze“ verrechneten Hilfskraftkosten auf die Feststellung des HG Wien hinzuweisen, wonach sich der Sachverständige diesfalls „zudem allenfalls auch noch dem Vorwurf der verdeckten Gewinnausschüttung ausgesetzt [hätte], was keinesfalls verlangt werden kann.“³⁵

Es bedarf daher keiner weiteren Hinweise darauf, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung für den Sachverständigen strafrechtliche Konsequenzen haben könnte, da zB der Tatbestand der Untreue erfüllt sein könnte.³⁶

4. Resümee

Die Auffassung der Rechtsprechung, dass Sachverständige für die Hilfstätigkeiten der Angestellten „ihrer“ Gesellschaft gebührenrechtlich lediglich einen Anspruch auf Ersatz des Personalaufwandes haben, bedeutet im Klartext, dass Sachverständige diese Angestellten nicht als Hilfskräfte heranziehen können, da sie sonst zwangsläufig gegen unternehmensrechtliche Vorschriften verstoßen und allenfalls strafrechtlich relevante Handlungen setzen würden.

Dem Gesetzgeber des GebAG kann nicht unterstellt werden, dieses Ergebnis intendiert zu haben, zumal dafür

überhaupt kein sachlicher Grund ersichtlich ist. Soweit die OLG jedoch die angesprochenen unternehmensrechtlichen Gesichtspunkte unberücksichtigt lassen, konfliktiert ihre Auslegung auch insofern mit dem Gleichheitssatz.

Anmerkungen:

- ¹ SV 2016/1, 30 (Krammer).
- ² Siehe etwa OLG Wien 13. 5. 2015, 18 Bs 112/15z.
- ³ Der nachfolgende Beitrag geht auf eine Anfrage aus der Rechtspraxis zurück. Für die Veröffentlichung wurden keine geldwerten Vorteile gewährt. Eine Langfassung des Beitrags wird an separater Stelle veröffentlicht werden.
- ⁴ Krammer, SV 2016/1, 38.
- ⁵ Nur zur Vervollständigung: Zum Stand 17. 5. 2016 sind im Wirkungsbereich der Gerichte des öffentlichen Rechts keine vergleichbaren Fälle bekannt.
- ⁶ Vgl ErlRV 1336 BlgNR 13. GP, 17 f.
- ⁷ Näher *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 36.
- ⁸ Der Begriff „Verfassungsrecht“ ist hier in einem weiten Sinn und nicht nur auf das B-VG bezogen zu verstehen.
- ⁹ Wobei ein solcher „Markt“ von Fachkräften nur sehr eingeschränkt existiert.
- ¹⁰ Die OLG lassen den Rechtsanwender und Leser freilich im Unklaren darüber, welches Prinzip des § 30 GebAG konkret umgangen worden sein soll. Das Kostenersatzprinzip gemäß Z 1 leg cit (betreffend Hilfskräfte)?
- ¹¹ Aus Platzgründen beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen schwerpunktmäßig auf den Gleichheitssatz.
- ¹² Vgl etwa OLG Wien 27. 8. 2015, 22 Bs 147/15a; LGZ Wien 9. 6. 2015, 30 Cg 25/10g; HG Wien 12. 10. 2015, 20 Cg 41/11z.
- ¹³ ErlRV 1336 BlgNR 13. GP, 29.
- ¹⁴ Maßstab sind wiederum marktübliche Stundensätze bzw branchenübliche Honorargrundsätze.
- ¹⁵ Sachverständige sind befugt, Hilfskräfte aus Eigenem und ohne besonderen Auftrag beizuziehen; vgl zB OLG Wien 6. 5. 2015, 23 Bs 37/15g, SV 2015/2, 98; OLG Graz 30. 7. 2014, 10 Bs 418/13s, SV 2014/4, 218. Die Heranziehung von Hilfskräften für die Gutachtenerstellung in Strafverfahren ist etwa dann zulässig, wenn der bestellte Sachverständige den ihm erteilten Auftrag nicht selbst bzw nicht in angemessener Zeit erledigen kann. Die Heranziehung von Hilfskräften kann daher im Lichte des Gebots eines raschen Verfahrens (Art 6 Abs 1 EMRK) auch im Interesse der Beschuldigten erforderlich sein. Wie die Erläuterungen zum GebAG (ErlRV 1336 BlgNR 13. GP, 29) in diesem Zusammenhang ausführen, führt die Beiziehung von Hilfskräften häufig zu einer Verringerung der Entschädigung für Zeitversäumnis des Sachverständigen und auch seiner Gebühr für Mühewaltung.
- ¹⁶ ErlRV 1336 BlgNR 13. GP, 27 und 29.
- ¹⁷ Vgl etwa auch OLG Graz 30. 12. 2015, 9 Bs 138/15k; HG Wien 12. 10. 2015, 20 Cg 41/11z; OLG Wien 28. 4. 2015, 19 Bs 62/15d; 27. 8. 2015, 22 Bs 147/15a.
- ¹⁸ Wenn daher etwa – wie in einem aktuellen Fall vor dem LG für Strafsachen Wien – der Stundensatz von rund € 17,– gemäß Kollektivvertrag der Angestellten 2016 für eine qualifizierte Fachkraft angesetzt würde, ginge dies an der Realität vorbei und wäre mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar.
- ¹⁹ Die OLG übergehen, dass es im Interesse des Beschuldigten sein kann, wenn der Sachverständige ein ihm bekanntes, verlässliches und eingespieltes, fachlich qualifiziertes Team an Hilfskräften bezieht. Das kann zu einem rascheren Ermittlungsverfahren beitragen (Art 6 Abs 1 EMRK) und dient letztlich auch – unter ökonomischen Gesichtspunkten – der Begrenzung der Verfahrenskosten.

- ²⁰ Dies, weil dem GebAG ein gleichheitswidriger bzw unsachlicher Inhalt unterstellt wird; näher *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰, Rz 791; VfGH 1. 3. 1996, B 1822/94, VfSlg 14.442/1996.
- ²¹ Eingehend *Mandl*, Betriebswirtschaftliche Analyse der rechtlichen Vorschriften/Regelungen der Gebühr des Sachverständigen gemäß § 24 GebAG, insbesondere der Bestimmungen des § 30 GebAG betreffend Kosten für die Beiziehung von Hilfskräften und der Bestimmung § 34 Abs 1 GebAG (unveröffentlichtes Gutachten, erstattet im Auftrag des Hauptverbandes der Sachverständigen, Oktober 2015).
- ²² ErlRV 1336 BlgNR 13. GP, 17 f bzw 29.
- ²³ ErlRV 1336 BlgNR 13. GP, 27.
- ²⁴ In diesem Zusammenhang ist freilich auch zu beachten, dass der Sachverständige aus unternehmensrechtlichen Gründen (dazu unten im Text) gar nicht anders kann, als marktübliche Stundensätze zu verrechnen.
- ²⁵ *Mandl*, Betriebswirtschaftliche Analyse, 32.
- ²⁶ Nach ständiger Rechtsprechung des VfGH verstößt eine Entscheidung gegen den Gleichheitssatz, wenn sie in einem entscheidenden Punkt mit maßgebenden Rechtsvorschriften in einem besonderen Maß in Widerspruch steht; vgl zB VfGH 21. 2. 2011, B 1345/10, VfSlg 19.291/2011; 29. 6. 2011, B 1329/10, VfSlg 19.431/2011; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰, Rz 792 mwN.
- ²⁷ Näher *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 82 Rz 62 ff.
- ²⁸ Ob ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorliegt, ist durch einen Fremdvergleich (Drittvergleich) zu ermitteln. In den Fremdvergleich sind nicht nur die konkreten Konditionen einzubeziehen, sondern vor allem auch die Frage, ob mit einem gesellschaftsfremden Dritten überhaupt ein derartiges Geschäft geschlossen worden wäre; so OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p.
- ²⁹ Die Begünstigung des Gesellschafters beruht auf seiner Gesellschafterstellung, wenn das fragliche Geschäft mit einem Dritten nicht in dieser Form geschlossen worden wäre; vgl zB VwGH 10. 5. 1994, 90/14/0050; 20. 11. 1996, 96/15/0015. Insbesondere unterpreisige Lieferungen an Gesellschafter können eine verdeckte Gewinnausschüttung und ebenso verdeckte Einlagenrückgewähr darstellen.
- ³⁰ Vgl aus der Rechtsprechung etwa VwGH 20. 6. 2000, 98/15/0169 ua: Überlassung von Räumen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter ohne Leistung marktkonformer Mietzinse stellt eine verbotene Einlagenrückgewähr dar. Gleiches gilt für die Überlassung eines Kraftfahrzeugs zur privaten Nutzung; vgl VwGH 20. 1. 1982, 2330/79 ua, VfSlg 5543 F/1981 = ÖJZ 1982, 136.
- ³¹ Näher *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 82 Rz 71.
- ³² Siehe etwa OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s ua.
- ³³ VwGH 20. 9. 1983, 82/14/0273; vgl weiters zB VwGH 29. 3. 2012, 2008/15/0170.
- ³⁴ Siehe ferner VwGH 4. 3. 2009, 2004/15/0135 (nicht legitimierte Entnahmen aus Gesellschaftsvermögen durch Gesellschaft).
- ³⁵ HG Wien 12. 10. 2015, 20 Cg 41/11z.
- ³⁶ So etwa BGH 29. 5. 1987, 3 StR 242/86, BGHSt 34, 379 = NJW 1988, 1397.

Zum Autor:

Prof. Dr. *Nicolas Raschauer* ist an der Universität Liechtenstein am Institut für Finanzdienstleistungen tätig. Weiters arbeitet *Raschauer* als Of Counsel bei CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Partnerschaft von Rechtsanwälten im Bereich Unionsrecht, Verfassungsrecht, öffentliches Wirtschaftsrecht und Strafrecht.

Korrespondenz:

Prof. Dr. *Nicolas Raschauer*
E-Mail: raschauer@xlink.at