

## Die Bestimmung der Gebühren des vom Gremium zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses nach dem GesAusG beauftragten Subgutachters fällt in die Zuständigkeit des Gerichts

1. Der vom Gremium zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses nach dem GesAusG, BGBl I 2006/75, beigezogene Subgutachter erstattet eigenverantwortlich Befund und Gutachten. Er hat einen eigenen Gebührenanspruch, über den – ebenso wie auch über seine allfällige Befangenheit – das Gericht zu entscheiden hat.
2. Auch wenn man das Gremium als Amtssachverständigen-Kommission mit richterlichem Einschlag im Sinne des § 1 AHG qualifiziert, führt diese Stellung nicht dazu, dass dem Gremium neben seinen Aufgaben der Streitbeilegung und der Gutachtenserstattung darüber hinausgehende Kompetenzen, konkret zur Entscheidung über die Ablehnung von ihm beigezogener Subgutachter bzw zur Bestimmung von deren Gebühren, zustehen.

**OLG Wien vom 9. August 2018, 6 R 233/18f**

Die Antragsteller begehren im vorliegenden Verfahren jeweils die gerichtliche Überprüfung der Barabfindung gemäß § 6 Abs 2 GesAusG, die mit Hauptversammlungsbeschluss der Bank A. C. (nun U. Bank AG; FN 150714p) vom 3. 5. 2007 mit € 129,40 je Aktie festgelegt worden war.

Das Erstgericht beauftragte das Gremium zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses (§ 6 Abs 2 GesAusG iVm § 225g Abs 1 AktG; im Folgenden: Gremium) mit der Erstattung eines Gutachtens, welches seinerseits mit Beschluss vom 2. 10. 2012/15. 10. 2012 den nunmehrigen Rekurswerber MMag. N. N., Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, gemäß § 225g Abs 6 AktG als Subgutachter beizog.

Mit dem angefochtenen Beschluss sprach das Erstgericht – wie schon in mehreren Vorentscheidungen – aus, zur Bestimmung der (weiteren) Gebühren des Sachverständigen MMag. N. N., hier hinsichtlich der Gebührennote vom 12. 6. 2018, die im Verfahren vor dem Gremium verzeichnet worden sei, nicht zuständig zu sein. Begründend führte es aus, das Verfahren vor dem Gremium sei nach der Konzeption des Gesetzgebers nicht Teil des Gerichtsverfahrens. Es sei vielmehr ein selbständiges, der Überprüfung der Unternehmensbewertung dienendes und der Einflussnahme des Gerichtes nicht unterliegendes Verfahren eigener Art, das primär der Streitbeilegung und sekundär der Gutachtenserstattung über die Angemessenheit der Barabfindung diene. Das Gericht fungiere im Verfahren vor dem Gremium nicht als dessen Appellations-, Aufsichts- oder sonstige Instanz. Über die Ablehnung eines vom Gremium bestellten Sachverständigen habe sohin das Gremium zu entscheiden, ebenso über die Gebühren der von ihm bestellten Sachverständigen. Ergänzend verwies es darauf, dass das Gremium selbst sich als Amtssachverständigen-Kommission mit richterlichem Einschlag sehe, die im Auftrag des Gerichts durch ihre Mitglieder hoheitlich handle (§ 1 AHG). Diese Rechtsauffassung werde nunmehr wohl auch vom OLG Wien in einer Stellungnahme zu einem vermeintlichen Amtshaftungsanspruch (zu GZ II 387.031/1 der Finanzprokurator) eingenommen. Dem entspreche auch ihr tatsächlich hoheitliches Handeln im Gremialverfahren. Die Ablegung des Eides nach § 5 SDG entfalte Wirkung für das gesamte Bundesgebiet. Das Gericht habe auf den Verlauf des Gremialverfahrens, darunter auch den Gutachtensauftrag an den externen Sachverständigen,

dessen Vereidigung etc keinen Einfluss und es stehe ihm ein solcher auch nicht zu.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs des Sachverständigen MMag. N. N. mit dem Antrag, diesen aufzuheben und dem Erstgericht aufzutragen, seine Gebühren zu bestimmen und deren Auszahlung zu veranlassen.

Der Rekurs ist berechtigt.

1. Das Rekursgericht nahm bereits in mehreren Vorentscheidungen (28 R 94/13v; 28 R 367/14t; zuletzt 28 R 191/15m) ausführlich zur Zuständigkeit der Bestimmung der Gebühren des vom Gremium beauftragten (Sub-)Gutachters Stellung und sprach aus, diese falle in die Zuständigkeit des Gerichts.

2. Zuletzt wurde in der Entscheidung 28 R 191/15m Folgendes ausgeführt:

*„Es trifft nicht zu, dass es sich beim Gremium um eine Verwaltungsbehörde mit richterlichem Einschlag handelt.*

*Behörden (Gerichte oder Verwaltungsbehörden) sind jene Organe, denen hoheitliche Aufgaben übertragen sind, insbesondere wenn sie zur Erlassung von Bescheiden oder Verordnungen oder zur Setzung von Akten unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt berufen sind. Ob ein Organ zur Setzung von Hoheitsakten berufen ist, ergibt sich allein aus den konkreten Ermächtigungen der materiell-rechtlichen Vorschriften (Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>4</sup>, Rz 138).*

*Das Gremium bekleidet neben der ihm in § 225h Abs 1 AktG aufgetragenen Streitschlichtung im Verfahren auf Überprüfung des Umtauschverhältnisses (bzw der Barabfindung) im Wesentlichen die Stellung eines Sachverständigen, auch wenn das Gesetz ihm insofern eine darüber weit hinausgehende Stellung einräumt, als der Verfahrensablauf und die Verhandlungsführung vor dem Gremium einer Einflussnahme durch das Gericht entzogen sind und es zur Erfüllung seiner Aufgaben auch eine rechtliche Beurteilung vorzunehmen hat (6 Ob 213/03x; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup>, § 225g Rz 5; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 225g AktG Rz 3). Ein vor dem Gremium abgeschlossener Vergleich bedarf der gerichtlichen Genehmigung und ist, wenngleich die Prüfung durch das Gericht auf die Einhaltung der Formvorschriften beschränkt ist, erst danach einem gerichtlichen Vergleich gleichzuhalten (§ 225h Abs 2 AktG).*

*Das Gremium ist somit weder in die Gerichtsorganisation eingebunden (Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 225g AktG Rz 5) noch ist es als Verwaltungsbehörde konzipiert. Daher gilt es nach herrschender Ansicht auch nicht als ‚Behörde‘, sondern hat (bloß) eine einem selbständigen Entscheidungsorgan angenäherte Stellung (6 Ob 213/03x; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup>, § 225g Rz 5; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 225g AktG Rz 8).*

*§ 225g Abs 6 AktG gewährt dem Gremium die Befugnis, sich vor Erstattung seines Gutachtens weiterer ihm nicht angehöriger Sachverständiger zu bedienen; die Kosten*

*dieser Sachverständigen zählen zu den Verfahrenskosten (§ 225i Abs 1 AktG).*

*Wie bereits in der Vorentscheidung 28 R 367/14t dargelegt wurde, ist nach Ansicht des Rekursgerichtes der vom Gremium beigezogene Gutachter wie ein Sachverständiger im Verfahren selbst zu behandeln. Als Subgutachter, der eigenverantwortlich Befund und Gutachten erstattet (Krammer/Schmidt, SDG – GebAG<sup>3</sup>, § 30 GebAG Anm 1; Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos, Sachverständige und ihre Gutachten<sup>2</sup>, 153), hat er einen eigenen Gebührenanspruch, über den, ebenso wie auch über seine allfällige Befangenheit, das Gericht zu entscheiden hat (Szep in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup>, § 225g Rz 5; anderer Ansicht Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>, § 225g AktG Rz 12; OLG Wien 28 R 367/14t, 28 R 388/14f).“*

An dieser Rechtsansicht ist festzuhalten.

3. Soweit das Erstgericht darauf verweist, dass das Gremium selbst sich als Amtssachverständigen-Kommission sehe und diese Rechtsauffassung vom OLG Wien auch in einer Stellungnahme zu einem vermeintlichen Amtshaftungsanspruch eingenommen worden sei (zu Jv 14.503/17v-31), ist Folgendes zu erwidern:

Bei der Organstellung von Sachverständigen differenziert die Rechtsprechung zwischen Amtssachverständigen in Verwaltungsverfahren einerseits und nichtamtlichen oder gerichtlichen Sachverständigen andererseits. Den beiden Letzteren wird die Organstellung abgesprochen, weil ihre Tätigkeit auf die Feststellung des Sachverhalts beschränkt (Beweismittel) und nicht als Mitwirkung an der Entscheidung zu qualifizieren ist. Sie haften daher persönlich (1 Ob 79/14w mwN; vgl RIS-Justiz RS0049801 [T2]; RS0050099; RS0049749; RS0049751; RS0026337 [insbesondere T3, T4, T5]; RS0026353). Erstattet der Amtssachverständige eines Rechtsträgers ein Gutachten in Erfüllung seiner Amtspflicht, so ist diese Tätigkeit dann als Hoheitsakt zu qualifizieren, wenn sie einer hoheitlich wahrzunehmenden Verwaltungsmaterie zuzuordnen ist (1 Ob 49/05w = SZ 2005/92 = RIS-Justiz RS0120112 = RS0050099 [T3] = RS0103741 [T1]). Dasselbe gilt für die Gerichtsbarkeit, weil diese in Ausübung der Rechtsprechung stets hoheitlich handelt (RIS-Justiz RS0049762 [T1]).

Ob das Gremium als Amtssachverständigen-Kommission mit richterlichem Einschlag im Sinne des § 1 AHG zu qualifizieren ist, kann für die hier interessierenden Frage der Zuständigkeit zur Gebührenbestimmung über einen von ihm beigezogenen Subgutachter dahinstehen, weil auch diese Stellung nicht dazu führt, dass dem Gremium neben seinen Aufgaben der Streitbeilegung und der Gutachtenserstattung darüber hinausgehende Kompetenzen, konkret zur Entscheidung über die Ablehnung von ihm beigezogener Subgutachter bzw zur Bestimmung von deren Gebühren, zustehen.

4. In Stattgebung des Rekurses war der angefochtene Beschluss daher ersatzlos zu beheben und dem Erstgericht die Fortsetzung des Gebührenbestimmungsverfahrens aufzutragen.