

Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2007

Die Judikatur des Obersten Gerichtshofes aus dem vergangenen Jahr liefert wieder die Anlässe für den im Folgenden zu unternehmenden Streifzug.

1. Enteignungsfragen

Beginnen will ich heuer mit Enteignungsfragen; dabei geht es um ein paar Details in (abgestimmter) Ergänzung zum Vortrag des Vorredners.

In der E **6 Ob 12/06t vom 9. 3. 2006** geht es um die Frage der Entschädigung für eine Rückwidmung in Oberösterreich. Der OGH weist die diesbezügliche Klage des Eigentümers eines Hanggrundstücks ab, weil dieses Grundstück seiner Lage und Beschaffenheit (Rutschungsgefahr) nach für eine Bebauung nicht geeignet gewesen sei und die Rückwidmung daher einerseits rechtens gewesen sei und dem Eigentümer andererseits auch kein Sonderopfer auferlegt worden sei, das allein eine Entschädigung rechtfertige. Bekanntlich ist das ja die Zauberformel, nach der der VfGH und ihm folgend der OGH einem Eigentümer auch für bloße Eigentumsbeschränkungen unter Berufung auf den Gleichheitssatz manchmal Entschädigung zuerkennen. Inzwischen ist dieser Rechtsprechung in vielen Raumordnungsgesetzen (in unterschiedlichem Umfang) Rechnung getragen worden.

Auf einer solchen rechtlichen Grundlage erkennt die E **8 Ob 34/06t vom 11. 5. 2006** dem Eigentümer eines Grundstücks in Niederösterreich Entschädigung für die Rückwidmung nach einer langen öffentlich-rechtlichen Vorgeschichte, die hier in ihren Details nicht von Interesse ist, zu. Interessant sind hingegen die Aussagen zu der – in den Instanzen umstrittenen – Berechnung des vom nÖ Raumordnungsrecht dem Eigentümer zuerkannten Aufwendungsersatzes. Nach der für die Entscheidung maßgeblichen Fassung des § 24 NÖ ROG waren bei einer Rückwidmung nämlich dem Eigentümer die Aufwendungen zu ersetzen, die er „im Hinblick auf die bisherige Widmungs- oder Nutzungsart tatsächlich getätigt hat“. Dazu führt der 8. Senat aus:

„Damit bedarf es eines Eingehens auf die Berechnung dieses Wertausgleiches: Dazu, wie die Wertermittlung zu erfolgen hat, findet sich in der maßgeblichen Fassung des § 24 Abs 1 NÖ ROG naturgemäß keine Aussage, weil der Wortlaut dieser Fassung (...) nur auf den Ersatz „frustrierter Aufwendungen/Baureifmachungskosten“ abzielt. Solche „frustrierten Aufwendungen“ sind allerdings nicht mehr Gegenstand des Verfahrens. (...) Es liegt nahe, sich bei Ermittlung der Höhe der Entschädigung für den eingetretenen Wertverlust an der Fassung des § 24 NÖ ROG nach der Novelle 1995 zu orientieren, die sich ausdrücklich mit dieser Frage befasst. § 24 Abs 2 NÖ ROG in der Fassung nach der Novelle 1995 legt (lit d) fest, dass als vermögensrechtlicher Nachteil nach Abs 1 die Minderung jenes Wertes der Grundfläche, der einem vorangegangenen Erwerbsvorgang (Kauf, Tausch, Erbteilung udg) konkret zugrunde gelegt worden war, soweit dieser den ortsüblichen Wert des Erwerbsvor-

ganges nicht überstiegen hat, gilt. Die Entschädigung ist auf Grundlage des österreichischen Verbraucherpreisindex zu valorisieren. Von dieser Berechnungsmethode ist zwar grundsätzlich bereits das Erstgericht ausgegangen. Allerdings bedürfen die Rechenansätze des Erstgerichtes einer rechtlichen Korrektur: Zu der im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmung des Salzburger ROG hat der Oberste Gerichtshof (6 Ob 365/97p) entschieden, dass nicht auf die Werte zum Zeitpunkt der Änderung des Flächenwidmungsplanes, sondern zum Zeitpunkt des Erwerbes des Grundstückes abzustellen ist. Der für diesen Zeitpunkt zu ermittelnde Grünlandwert ist nicht dem damaligen Verkehrswert des Grundstückes, sondern dem entrichteten Kaufpreis gegenüberzustellen, soweit letzterer den Verkehrswert nicht überschreitet (wofür hier keine Anhaltspunkte bestehen). Der Grünlandwert zum Zeitpunkt des Erwerbes und der Wert der Gegenleistung zum Zeitpunkt des Erwerbes sind ausgehend vom Erwerbszeitpunkt nach dem Verbraucherpreisindex aufzuwerten. Diese Aufwertung ist auf den Zeitpunkt der Festsetzung der Entschädigung zu beziehen. Der Zweck der Entschädigung, Wertausgleich zu bewirken, gebietet keine einschränkende Auslegung, weil der Ausgleich tatsächlich erst mit der Leistung erreicht wird und der Tag der Festsetzung der Leistungspflicht der Leistung näher liegt als der Zeitpunkt der wertmindernden Umwidmung (siehe auch 6 Ob 507/91). Es ist daher dem Revisionsrekurs grundsätzlich darin beizupflichten, dass die Berechnung der Aufwertung (Valorisierung) nach dem Verbraucherpreisindex durch Ermittlung der Differenz zwischen Wert der Gegenleistung (Kaufpreis) und Grünlandwert zum Erwerbszeitpunkt bis zum Tag der gerichtlichen Festsetzung der Entschädigung zu erfolgen hat.“

Dem ist sicher zuzustimmen.

Von der Problemlage her wesentlich schwieriger ist die der E **2 Ob 282/05t vom 21. 9. 2006** zugrunde liegende Konstellation. Es geht um die Entschädigung des Eigentümers eines vom geplanten U-Bahnbau im Bereich der Wagramer Straße betroffenen Wiener Grundstücks, auf dem derzeit von einem Mieter ein Supermarkt mit Parkplätzen betrieben wird, für das aber schon eine Umwidmung vorliegt, die nach Errichtung der U-Bahn den Bau eines Hochhauses ermöglicht, in dem ein Supermarkt, wenn überhaupt, allenfalls noch einen Teil der Nutzung ausmacht. Der Mieter hat (offenbar nach Einigung mit der Stadt Wien) den Eigentümer verständigt, dass er im Entschädigungsverfahren keine Ansprüche stelle. Es steht daher, und darauf beruft sich auch die Stadt Wien, nicht fest, ob der Mieter jemals abgesiedelt werden kann oder ob er auf der durch die U-Bahn verkleinerten Fläche auf ewig seinen Supermarkt weiter betreiben wird, so dass alle Hochhauspläne sich in Rauch auflösen werden. In den erstinstanzlichen Feststellungen findet sich nun zunächst ein für mich eher erstaunlicher und nicht ganz verständlicher Passus:

„Vor der Enteignung betrug der Sachwert der Liegenschaft € 11,391.400,-, der Ertragswert € 2,877.557,-. Daraus errechnet sich nach der „Lüftl-Methode“ (Sachwert + Ertragswert : das gewogene Mittel [hier: 2,75]) der Verkehrswert mit € 5,196.000,-. Nach der Enteignung beträgt der

Gekürzte Fassung des Vortrages vom 6. 5. 2007 beim Brandlhofseminar. Der Autor widmet die Arbeit dem Andenken des im Vorjahr verstorbenen Gründers und langjährigen Organizers des Seminars, Dr Oswald Kratochwill.

Sachwert € 9,999,440,90, während der Ertragswert wegen des unbefristet weiter bestehenden Mietverhältnisses unverändert bleibt. Der Verkehrswert errechnet sich mit € 4,689.817,40. Bei derart hochwertigen Grundstücken kann aber auch im Falle ihrer Vermietung die „Freimachung“ durch eine Zahlung an den Mieter kurzfristig realisiert werden. Die „Freimachungskosten“ sind mit ca 25% des Sachwertes anzusetzen, sodass ein Verkehrswert von € 8,120.000,- vor der Enteignung einem solchen von € 7,510.000,- nach der Enteignung gegenübersteht.“

Offenbar haben solche Rechenkunststücke das LBG völlig unbeschadet überlebt. Ihre Rechtfertigung könnten sie nur daraus erhalten, dass der Liegenschaftsmarkt auch weiterhin solche Berechnungen zur Grundlage der üblichen Preisvereinbarungen macht. Das ist eine Tatfrage. Immerhin hat das Rekursgericht dem Antrag des Eigentümers auf Beiziehung eines zweiten Sachverständigen wegen der Schwierigkeit der Sache stattgegeben (es war noch nach altem AußStrG zu verfahren). Dem ist der OGH gefolgt, wie er überhaupt das Rechtsmittel der Antragstellerin Stadt Wien als unzulässig zurückgewiesen hat. Dem Eigentümer ist er auch nur eingeschränkt, aber immerhin in Teilen gefolgt. Zunächst lehnt der OGH es ab, das Verfahren damit zu belasten, dass der Enteignungsbescheid selbst vom Eigentümer noch beim Verfassungsgerichtshof bekämpft wird. Derzeit sei dieser Bescheid aufrecht, und die Gerichte hätten daher dessen Existenz im Sinne einer Tatbestandswirkung ihrem Vorgehen zugrunde zu legen. Das ist unzweifelhaft richtig. Auch eine in den Vorinstanzen erörterte Unterbrechung des Verfahrens über die Höhe der Entschädigung kommt nicht in Betracht. Die vom Eigentümer geltend gemachte Befangenheit des einen Sachverständigen haben zwei Instanzen verneint; auch das kann der OGH schon aus prozessualen Gründen nicht mehr aufgreifen. Die materiellen Fragen sind aber spannend genug. Ich zitiere den OGH:

„In der Sache selbst macht der Antragsgegner [also der Grundeigentümer] geltend, das Rekursgericht habe einerseits betont, dass die Bewertungsmethode dem Sachverständigen zu überlassen sei, andererseits aber mehrfach Methoden und Bewertungsgrundsätze vorgegeben. Insbesondere seien seine Ausführungen zur Berücksichtigung der Vermietung bei der Bewertung und zum vermeintlichen Erfordernis eines „Vorteilsausgleiches“ un schlüssig geblieben. Es bedürfe daher einer Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof. Nach Auffassung des Antragsgegners sei bei der Wertermittlung auf das Verhalten eines potentiellen Käufers der Liegenschaft abzustellen und dabei von einer bestandsfreien Liegenschaft auszugehen. Der „Planungsgewinn“ habe dem Antragsgegner zu verbleiben.“

„Hiezu wurde erwogen: Die Auswahl der Methode zur Ermittlung des Verkehrswertes, wofür gemäß § 3 Abs 1 LBG insbesondere das Vergleichs-, das Ertrags- und das Sachwertverfahren in Betracht kommen, hat danach zu erfolgen, welche Methode am Besten den Umständen des Einzelfalles gerecht wird (4 Ob 2010/96h; 1 Ob 148/97i = SZ 71/4 mwN; RIS-Justiz RS0066223). Gemäß § 7 Abs 1 LBG hat der Sachverständige selbst die geeignete Methode unter Beachtung des jeweiligen Standes der Wissenschaft und der im redlichen Geschäftsverkehr bestehenden Gepflogenheiten auszuwählen, wenn ihm das Gericht nicht eine bestimmte Bewertungsmethode vorgibt (4 Ob 2010/96h mwN). Diese Auswahl kann im Enteignungsverfahren nur dann als eine nicht dem Tatsachenbereich zuzurechnende Frage vom Obersten Gerichtshof überprüft werden, wenn das Rekursgericht die vom Erstgericht gewählte Methode ohne Änderung der Sachverhaltsgrundlage auf Grund rein abstrakter Argumente modifiziert und dadurch zu anderen Ergebnis-

sen gelangt als das Erstgericht. Sonst gehört die Ermittlung des Verkehrswertes dem Tatsachenbereich an, es sei denn, sie beruhe auf mit den Gesetzen der Logik oder der Erfahrung unvereinbaren Schlussfolgerungen (4 Ob 2010/96h; 1 Ob 148/97i = SZ 71/04 mwN; 4 Ob 173/01x; RIS-Justiz RS0043517, insb T3). Ein der Rechtsrüge zugänglicher Eingriff des Rekursgerichtes in die Auswahl der Bewertungsmethode wird vom Antragsgegner nicht aufgezeigt. Ihm ist allerdings zuzugeben, dass die rechtlichen Prämissen der Entschädigungsermittlung in den im Rechtsmittel angesprochenen Punkten unklar geblieben sind. Der Begriff der Enteignung umfasst auch die zwangsweise Einräumung von Servituten (§ 2 Abs 2 Z 3 EISBEG). Gegenstand der Entschädigung ist, wie sich schon aus § 4 Abs 1 EISBEG ergibt, nur der durch die Einräumung der Servitut unmittelbar verursachte vermögensrechtliche Nachteil. Schäden des Eigentümers durch das Enteignungsprojekt, die auch dann eingetreten wären, wenn diesem nichts enteignet worden wäre, sind demnach nicht zu ersetzen (4 Ob 544/95 = SZ 68/121; 5 Ob 2242/96h). Besteht die Dienstbarkeit in der Verpflichtung zur Duldung einer das Grundstück in Hochlage querenden U-Bahnanlage und ihrer Benützung, wird nicht nur die Nutzung der unmittelbar betroffenen Grundstücksflächen eingeschränkt, sondern auch der Verkehrswert der restlichen Grundstücksteile vermindert. Für die Bemessung der Höhe der Entschädigung ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten: Zu prüfen ist der Eintritt einer Wertminderung auf Grund der zu erwartenden Abneigung präsumtiver Käufer gegen Liegenschaften, die mit einer derartigen Dienstbarkeit belastet sind (vgl 5 Ob 2242/96h sowie RIS-Justiz RS0057972). Nach ständiger Rechtsprechung sind enteignungsbedingte Vermögensnachteile, bezogen auf den Zeitpunkt der Aufhebung des durch Bescheid enteigneten Rechtes (den das Rekursgericht – hier vom Antragsgegner unbekämpft – mit dem Eintritt der Rechtskraft des Enteignungsbescheides angenommen hat; vgl 1 Ob 21/95), unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Enteigneten, jedoch unter Heranziehung eines objektiven Maßstabes bei der Wertermittlung festzustellen (RIS-Justiz RS0053657), wobei die Festsetzung des Entschädigungsbetrages von der konkreten Verwendbarkeit der betroffenen Grundstücke nach der Sach- und Rechtslage unmittelbar vor dem Eingriff abhängt (vgl 1 Ob 76/00h = SZ 73/128 mwN). Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die Enteignung durch Einräumung einer Zwangsservitut verwirklicht wird (1 Ob 21/95; 1 Ob 245/99g). Für die Festsetzung der Entschädigungssumme ist daher auch im vorliegenden Fall darauf abzustellen, welche konkrete wirtschaftliche Verwendungsmöglichkeit des Grundstückes im Enteignungszeitpunkt gegeben war (RIS-Justiz RS0057984). Am Bewertungsstichtag war die Sachlage zum einen dadurch gekennzeichnet, dass das Grundstück des Antragsgegners vermietet und mit einem Superädifikat der Mieterin bebaut war; zum anderen sah der bereits geltende Flächenwidmungs- und Bebauungsplan die Möglichkeit höherwertiger Verbauung vor. Gemäß § 7 Abs 2 EISBEG hat bei der Berechnung der Entschädigung eine Werterhöhung außer Betracht zu bleiben, die der Gegenstand der Enteignung infolge der Anlage der Eisenbahn erfährt. Eine inhaltsgleiche Regelung findet sich in § 18 Abs 1 BStG (SZ 56/82; 2 Ob 609/85; vgl auch RIS-Justiz RS0053604). Diese Bestimmungen ordnen für den Fall werterhöhender Vorwirkungen die Vorverlegung des für die wertbestimmenden Eigenschaften des Grundstückes maßgebenden Zeitpunktes an. In der Regel wird dabei von der Qualität des Grundstückes auszugehen sein, die es besaß, bevor die eingeleitete Pla-

nung ihre werterhöhende Funktion wirksam werden ließ (vgl. SZ 56/82; *Rummel in Korinek/Pauger/Rummel*, Handbuch des Enteignungsrechtes [in der Folge nur: Handbuch] 283). Dies folgt schon aus dem Zweck der Enteignungsschädigung, den Vermögensnachteil des Enteigneten bloß auszugleichen, nicht aber dessen Bereicherung herbeizuführen (vgl. RIS-Justiz RS0010844; *Rummel aaO* 305; *Kerschner*, Der Verkehrswert von Liegenschaften bei der Enteignungsschädigung, JBl 2006, 355 [358]). Wie in dem – auch hier vorliegenden – Fall zu verfahren ist, wenn bei Teilenteignung das Restgrundstück durch das Enteignungsprojekt eine Werterhöhung erfährt, wurde in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes bisher noch nicht erörtert, von *Rummel* (Vorwirkungen der Enteignung, JBl 1998, 20) jedoch eingehend untersucht. Er gelangte hierbei unter Bedachtnahme auf die Gesetzesmaterialien und nach umfassender Auseinandersetzung mit den einschlägigen Lehrmeinungen sowie unter Einbeziehung der deutschen Rechtslage zu dem Ergebnis, dass § 7 Abs 2 EISBEG nur die Projektvorteile im engsten Sinne des Wortes betrifft. Die „allgemeinen Planungsgewinne“ – so der Autor – aus der Erschließung eines gesamten Gebietes sollten hingegen dem Enteigneten sowie allen seinen Nachbarn verbleiben, soweit sie sich zum Stichtag der Entschädigungsbemessung schon im Wert des Grundstückes niedergeschlagen hätten. Er begründete diese Auffassung im Wesentlichen damit, dass das Kausalitätserfordernis nach dem Wortlaut des § 7 Abs 2 EISBEG eindeutig auf das Projekt selbst beschränkt sei. Nur Wertsteigerungen des Grundstückes durch den Bau, also das Projekt selbst, blieben daher außer Betracht. Dies erfordere die (im Einzelfall schwierige) Unterscheidung zwischen der Kausalität der Projektplanung einerseits und jener der Projektausführung andererseits. Werde etwa eine ganze Gegend durch die Erschließung aufgewertet, solle der Enteignete nicht schlechter stehen als alle seine Nachbarn. Der erkennende Senat pflichtet diesen überzeugenden Argumenten *Rummels* bei. Das gewonnene Ergebnis erscheint schon deshalb sachgerecht, weil sich der Enteignete auch alle wertmindernden Faktoren zum Stichtag anrechnen lassen muss, die nicht als negative Vorwirkungen der Enteignung zu beurteilen sind. Als solche bleiben aber nur die Enteignung gleichsam vorwegnehmende, also durch die beabsichtigte Bauführung bedingte Umstände zu seinen Gunsten außer Betracht (vgl. SZ 56/82; EvBl 1987/79; 4 Ob 1570/92; RIS-Justiz RS0053595; *Rummel in Handbuch* 258 ff). Nach den erstinstanzlichen Feststellungen lagen dem Projekt „Brachmühle“, das zu einem geänderten Flächenwidmungsplan führte, städteplanerische Überlegungen zur städtebaulichen Aufwertung des Umfeldes der zukünftigen Station Aderklaaer Straße zugrunde. Die Umwidmungen betrafen den „Bereich Julius-Ficker-Straße/Kürschnergasse/Sebaldgasse/Wagramer Straße“, somit jedenfalls ein über das betroffene Grundstück des Antragsgegners weit hinausreichendes Gebiet (vgl. Beilage ./J). Nach den vorerwähnten Kriterien bedeutet dies, dass die Aufwertung der nicht von der Zwangsservitut erfassten Grundstücksteile des Antragsgegners nicht als bei der Ermittlung der Entschädigung gemäß § 7 Abs 2 EISBEG außer Betracht zu lassende Projektvorteile, sondern als „allgemeiner Planungsgewinn“ im Sinne der Ausführungen *Rummels* zu beurteilen sind. Ein „Vorteilsausgleich“, wie ihn das Rekursgericht zumindest ins Auge gefasst hat, findet daher insoweit nicht statt.“

Ergebnis: Der Planungsgewinn, dass auf dem Grund ein Hochhauskomplex möglich wird, verbleibt dem Eigentümer und wird ihm nicht deshalb entschädigungslos wieder (in Teilen) entzogen, weil er im Zusammenhang mit der U-Bahnplanung entstan-

den ist. Alle Nachbarn haben ja diese Vorteile in Zukunft auch. Was freilich die Frage angehe, dass die entsprechenden Vorteile vom Eigentümer womöglich nie realisiert werden könnten, weil ja der Mieter auf ewig jede andere Verbauung blockiere, so verweist der OGH auf die Aussage des Sachverständigen, dass bei derart hochwertigen Grundstücken gegen eine Zahlung von 25% des Sachwertes eine Freimachung üblicherweise erzielbar sei. Das sei damit ein objektives Datum, auf den Einzelfall komme es insofern für die Wertermittlung nicht an.

2. Einiges zu Bewertungsfragen

Die E 1 Ob 210/06y vom 28. 11. 2006 ist hier insoweit von Interesse, als es im Rahmen einer Amtshaftungsklage um die Feststellung des gemeinen Werts zweier Liegenschaften ging; allerdings nicht ermittelt nach dem LBG, sondern für Steuerzwecke nach dem Bewertungsgesetz. In der Sache ging der Streit, der hier nicht weiter interessiert, darum, ob ein Notar als Gerichtskommissär eine Erbgemeinschaft falsch über die auf sie zukommende Erbschaftsteuer aufgeklärt und ob die Erben die Steuer hätten durch Rechtsmittel verringern können, was ihre Amtshaftungsansprüche nach § 2 Abs 2 AHG ausschließen würde. Die Steuer berechnet sich nämlich nach dem dreifachen Einheitswert, aber nach dem Verkehrswert, wenn dieser niedriger ist. Nun hatten die Erben einerseits ein Bewertungsgutachten eines Sachverständigen über den Verkehrswert, andererseits war die Liegenschaft inzwischen zu einem noch niedrigeren Preis versteigert worden. Für den Prozessstandpunkt des Notars, der im Amtshaftungsprozess als Nebenintervenient auftrat, wäre es nun günstiger gewesen, wenn der Versteigerungserlös als gemeiner Wert im Sinne der betreffenden Steuernorm anzusehen gewesen wäre. Dem widerspricht der OGH mit Recht:

„Der Nebenintervenient bekämpft mit seiner Revision ausschließlich den Zuspruch von je € 393,73. Das Berufungsgericht habe die Rechtsfrage, ob der gemeine Wert iSd § 19 Abs 2 ErbStG prinzipiell ein geschätzter Wert oder im konkreten Fall der Versteigerungserlös sei, falsch gelöst. Der Begriff „gemeiner Wert“ nach § 19 Abs 2 ErbStG sei nach § 10 Abs 2 BewG auszulegen. Danach werde der gemeine Wert durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Der gemeine Wert müsse ein „gewogener Durchschnittspreis“ und dürfe kein Höchstpreis sein. Der gemeine Wert einer Liegenschaft werde meist durch Schätzung gewonnen. Eine absolute Regel sei dies nicht. So könne der für eine Liegenschaft erzielte Kaufpreis einen Hinweis für die Feststellung des gemeinen Werts ergeben. Der Versteigerungserlös sei der wahre Wert einer Sache, da er auch berücksichtige, was der Markt bereit sei, für eine Liegenschaft zu zahlen. Die Behörde hätte daher den gemeinen Wert an Hand des Versteigerungserlöses bestimmen müssen. (...)

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Es trifft zwar zu, dass der „gemeine Wert“ gemäß § 19 Abs 2 ErbStG iSd § 10 Abs 2 BewG zu verstehen ist, doch ist daraus für den Revisionswerber nichts gewonnen. Der gemeine Wert wird gemäß § 10 Abs 2 BewG durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Alle, aber nur die gewöhnlichen Umstände, die den Preis beeinflussen, sind bei der Bestimmung des gemeinen Werts zu berücksichtigen. Der gemeine Wert muss ein gewogener Durchschnittspreis und darf kein Höchstpreis sein (VwGH 21. 12. 1992, 91/16/0125). Der gemeine Wert ist eine fiktive Größe, die auf Preisschätzungen beruht. Eine solche Schätzung kann – den Erfahrungen des

täglichen Lebens entsprechend – ohne Weiteres auch auf Preisbeobachtungen beruhen, die im Zug von Kauf und Verkauf anderer Liegenschaften gemacht wurden, sofern diese nach Art und Größe, Lage, Form und Beschaffenheit dem im Einzelfall zu bewertenden Grundstück, im zeitlichen Zusammenhang gesehen, gleich kommen oder nahe kommen. In der Regel wird die Feststellung des gemeinen Werts eines Grundstücks auf Grund der Entwicklung tatsächlich gezahlter Preise für sogenannte Vergleichsliegenschaften die brauchbarste sein. ... (VwGH 18. 2. 1983, 81/17/0005). Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass unter dem gemeinen Wert von Grundstücken der Preis, der sich aus Angebot und Nachfrage auf dem freien Markt außerhalb des Zwangsverkehrs ergibt, zu verstehen sei (SZ 51/175). Dies ergibt sich aus der Anordnung des § 10 Abs 2 BewG, wonach es auf jenen Preis ankommt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Dass es sich bei einer Zwangsversteigerung nicht um die Teilnahme „am gewöhnlichen Geschäftsverkehr“ handelt, bedarf keiner ausführlichen Begründung. Berücksichtigt man, dass das geringste Gebot bei Liegenschaften die Hälfte des Schätzwertes beträgt, verwundert nicht, dass häufig – mangels einer Mehrheit von Bietern – Grundstücke deutlich unter ihrem Schätzwert – also unter ihrem wahren Wert – zugeschlagen werden. Für die Rechtsansicht des Revisionswerbers, dass das Meistbot dem „gemeinen Wert einer Liegenschaft iSd § 19 Abs 2 ErbStG am nächsten komme“, fehlt daher jede Grundlage.“

Mir hat sich bei Lektüre dieser Ausführungen eine frühere Debatte hier am Brandlhof aufgedrängt, die inzwischen noch eine gewisse literarische Fortsetzung gefunden hat: nämlich über die Bedeutung des LBG für Bewertungen im Steuerrecht. Was in dieser Frage von steuerrechtlicher Seite zum Teil mit einer gewissen Aggressivität vertreten wird, zeichnet sich leider nicht immer durch juristische Überzeugungskraft aus. Zwar trifft es zu, dass das LBG seinerzeit bewusst steuerliche Bewertungen von seinem Anwendungsbereich ausgenommen hat. Wenn aber das Steuerrecht nur auf den gemeinen Wert abstellt und nicht auf vom Steuerrecht selbst geprägte besondere Werte (was es natürlich unbestrittener Maßen kann), dann steht mE nichts im Wege, diesen der gesamten Rechtsordnung immanenten Begriff (vgl auch § 305 ABGB) im Sinne desjenigen Gesetzes zu verstehen, das für Liegenschaften die neueste und bislang mW unwiderlegt fachlich richtigste Definition liefert.

Eine (inzwischen nicht mehr bedeutsame) Verfahrensfrage betrifft die **E 5 Ob 16/06y vom 21. 2. 2006**. Sämtliche (Wohnungs-) Eigentümer einer Liegenschaft wollten aufgrund eines von ihnen eingeholten Gutachtens eines Sachverständigen eine Berichtigung der Anteile verbüchern lassen. So einfach, wie sie sich das vorgestellt hatten, ging es aber (damals) nicht:

„Die Festsetzung des Nutzwertes war bis zur sog „Privatisierung“ der Nutzwertberechnung (*Stabentheiner* in *immolex* 1997, 21) durch das Bauträgervertragsgesetz BGBl I 7/1997 (BTVG) ausschließlich dem Gericht/der Schlichtungsstelle vorbehalten. Ab dem 1. 1. 1997 hatte die erstmalige Ermittlung der Nutzwerte nach § 3 Abs 1 WEG 1975 – ausgenommen bei am 31. 12. 1996 bereits anhängigen Verfahren – aufgrund eines privaten Gutachtens eines für den Hochbau zuständigen Ziviltechnikers oder eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Hochbau- oder das Immobilienwesen zu erfolgen. § 3 Abs 2 WEG 1975 enthielt eine demonstrative Aufzählung (5 Ob 1106/92 = WoBl 1993, 173/119 [Call]; 5 Ob 80/94 = WoBl 1995, 28/13 [Call]; 5 Ob 156/98x = WoBl 1999, 60/36 [Call]; 5 Ob 272/00m = WoBl 2001, 85/55

[Call]) der Fälle einer vom Privatgutachten abweichenden Nutzwertfestsetzung durch das Gericht/die Schlichtungsstelle. Als wichtiges Korrektiv zu der privaten Gutachter-tätigkeit (*Stabentheiner* aaO; vgl *T. Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Österr. WohnR, § 9 WEG Rz 18) räumte § 3 Abs 2 Z 1 WEG die Möglichkeit einer Festsetzung des Nutzwertes durch das Gericht/die Schlichtungsstelle ein, wenn das Gutachten über die Berechnung der Nutzwerte um mindestens 3% von den tatsächlichen Gegebenheiten abwich. Diese grundsätzliche Trennung zwischen „privater“ und „behördlicher“ Nutzwertfestsetzung wurde durch § 9 WEG 2002 nicht geändert. Abs 1 leg cit schreibt die (erstmalige) Ermittlung der Nutzwerte ausschließlich durch Gutachten eines privaten Sachverständigen vor und schließt damit ebenso wie die Vorgängerbestimmung des § 3 Abs 1 WEG 1975 eine Alternative zur Anrufung des Gerichtes/der Schlichtungsstelle bei erstmaliger Festsetzung der Nutzwerte aus (EB zur RV 989 BlgNR XXI. GP; siehe auch die EB zur RV der geplanten WRN 2006, 1183 BlgNR XXII. GP, bT Art 1 Z 6). § 9 Abs 2 WEG 2002 zählt fünf Fälle auf, in denen auf Antrag die Nutzwerte vom Gericht abweichend vom Nutzwertgutachten (Abs 1) festzusetzen sind. Der als Z 1 des Abs 2 leg cit neu ins Gesetz aufgenommene Grund des Verstoßes gegen zwingende Grundsätze der Nutzwertberechnung stellt nach den zitierten Materialien eine Positivierung der bisherigen Rechtsprechung dar, wonach derartige Verstöße jedenfalls auch ohne zeitliche Begrenzung eine gerichtliche Nutzwertneufestsetzung rechtfertigen (insb 5 Ob 213/98d = MietSlg 51.512 mwN; 5 Ob 279/00s = SZ 73/174 = WoBl 2001, 81/54 [Call]), ohne die bloß demonstrative Zusammenstellung der wichtigsten Tatbestände in eine taxative umzuwandeln. § 9 Abs 3 WEG 2002 ordnet an, dass Abs 2 entsprechend auch für eine gerichtliche Neufestsetzung der Nutzwerte abweichend von einer bereits früher ergangenen Nutzwertfestsetzung durch das Gericht gilt. Dies bedeutet nach den zitierten Materialien nur eine explizite Klarstellung, dass die in Abs 2 demonstrativ dargestellten Fallkonstellationen auch dann eine – nochmalige – gerichtliche Nutzwertfestsetzung auslösen können, wenn bereits einmal eine Nutzwertfestsetzung durch das Gericht erfolgt ist und sich eine Änderung aus einem der entsprechend anzuwendenden Fälle des Abs 2 als erforderlich erweist. Ausgangsbasis ist in diesem Fall selbstverständlich die vorangegangene Nutzwertfestsetzung durch das Gericht. Entgegen der Meinung der Antragsteller gewährt § 9 WEG somit keinesfalls ein Wahlrecht, ob die „geänderten“ Nutzwerte durch ein Gutachten oder durch das Gericht festgestellt werden können. Vielmehr behandelt diese Bestimmung in ihrem Abs 2 die Neufestsetzung der Nutzwerte durch das Gericht/die Schlichtungsstelle nach erfolgter erstmaliger Wohnungseigentums-Begründung aufgrund eines privaten Gutachtens (*T. Hausmann* aaO Rz 22; *Würth* in *Rummel*, ABGB³ II/5 § 9 WEG 2002 Rz 2). (...) Eine jederzeitige und unbeschränkte Korrektur bereits aufgrund eines Privatsachverständigengutachtens eingetragener Nutzwerte allein durch Vorlage eines korrigierten Gutachtens, wie sie den Antragstellern vorschwebt, widerspricht aber eindeutig den gesetzlichen Vorschriften.“

Inzwischen hat der Gesetzgeber, worauf beim Seminar mit Recht hingewiesen wurde, mit BGBl I 2006/124 dem § 9 WEG 2002 einen Abs 6 angefügt, der genau das ermöglicht, was die (Grundbuchs-)Gerichte im zitierten Fall noch verweigern mussten: Neufestsetzung der Anteile allein aufgrund gemeinsamen Antrags aller Wohnungseigentümer nach Einholung eines neuen Nutzwertgutachtens.

3. Zwei Haftungsprozesse

In der ersten zu diesem Kapitel zu referierenden **E 4 Ob 228/05s vom 14. 2. 2006** war ein Sachverständiger beklagt: Er hatte in einem gegen den Kläger von einer Mitbewerberin angestregten, unter anderem auf § 7 UWG (Herabsetzung) gestützten Wettbewerbsprozess ein Gerichtsgutachten zur Frage erstattet, ob bzw welche technischen Mängel die biologischen Abwasserreinigungsanlagen der Mitbewerberin aufweisen oder ob diese technisch mängelfrei sind sowie ob an der Tropfkörperfilteranlage der Mitbewerberin keine Sicherungsmaßnahme eingebaut ist, dadurch ungereinigtes Wasser in den Boden gelangen und eine Gefährdung der gesamten Umwelt entstehen kann. In diesem Gutachten führte er aus, „dass technische Mängel an der zu beurteilenden Abwasserreinigungsanlage nicht erkannt werden konnten. ... Es ist somit sichergestellt, dass kein ungereinigtes Wasser in den Boden gelangen kann und wird dadurch eine Gefährdung der Umwelt hintangehalten.“ Auf Grund dieses Gutachtens wurde dem (nunmehrigen) Kläger verboten, von den von der Mitbewerberin hergestellten Abwasserreinigungsanlagen zu behaupten, dass sie schwere fachliche Mängel aufweisen, über keine Sicherheit verfügen und Menschen, Tiere und Pflanzen gefährden. Tatsächlich wiesen die Bodenkörperfilteranlagen der Mitbewerberin in der im damaligen Zeitraum vermarkteten Ausführung aber grundsätzlich mangelnde konstruktive Sicherheitsvorsorgen gegen ein Überschwappen bzw Überströmen von Abwasser über den Rand der ersten Tropfzelle auf, wodurch die realistische Möglichkeit bestand, dass ungenügend gereinigtes Abwasser direkt ohne weitere Reinigung auf die Sohlebene zum Ableitungsrohr gelangen konnte. Die Ausführungen des Beklagten waren daher unrichtig (...). Ein objektiv richtiges Gutachten des Beklagten, welches den im damaligen Zeitpunkt vorhandenen konstruktiven Mängeln dieser Anlagen Rechnung getragen und diese entsprechend dargelegt hätte, hätte einen anderen Ausgang des Wettbewerbsprozesses, zumindest in Teilbereichen, bewirkt, indem es zu einer Teilabweisung des Unterlassungsbegehrens der Mitbewerberin bzw dem Zuspruch eines aliud gekommen wäre. Dem Kläger wäre im Wettbewerbsprozess also der Wahrheitsbeweis, zumindest in Teilbereichen, gelungen. Der Kläger begehrt nunmehr die Feststellung der Haftung des Beklagten für alle ihm aus der mangelhaften Gutachtenserstattung im Wettbewerbsprozess zukünftig entstehenden Schäden. Der OGH führt aus:

„Die Vorinstanzen gaben dem Klagebegehren statt. Die dagegen vom Beklagten erhobene außerordentliche Revision ist nicht zulässig.

1. Nach ständiger Rechtsprechung haftet ein vom Gericht bestellter Sachverständiger, der im Zivilprozess ein unrichtiges Gutachten abgibt, den Parteien gegenüber persönlich und unmittelbar nach §§ 1295, 1299 ABGB für den dadurch verursachten Schaden (RIS-Justiz RS0026319; zuletzt 3 Ob 93/05f). Der Schadenersatzanspruch setzt unter anderem voraus, dass die Unrichtigkeit des Gutachtens ausschlaggebend für die die Prozesspartei beschwerende Entscheidung war. Dabei ist nicht zu prüfen, wie die in Frage stehende unter Mitwirkung des Sachverständigen zustandegekommene gerichtliche Entscheidung richtig zu lauten gehabt hätte. Entscheidend ist allein, welchen Einfluss ein sachlich richtiges Gutachten des Sachverständigen auf die Entscheidung gehabt hätte (stRsp, s 6 Ob 634/77 = SZ 50/98; aus jüngerer Zeit 1 Ob 263/02m mwN). Diese Frage betrifft die Kausalität. Der Sachverständige muss außerdem schuldhaft gehandelt haben. (...)

Bei Lösung der Frage, ob die Unrichtigkeit des Gutachtens maßgebend für die die Prozesspartei beschwerende gerichtliche Entscheidung war, ob also das Gericht dann, wenn der

Sachverständige ein sachlich richtiges Gutachten erstattet hätte, eine andere oder die gleiche Sachentscheidung getroffen hätte, handelt es sich um die Beurteilung der natürlichen Kausalität des Fehlverhaltens des Sachverständigen für den der Prozesspartei entstandenen Schaden. Hier ist nur zu beurteilen, ob das Fehlverhalten des Sachverständigen einen bestimmten Schaden herbeiführte oder ob der gleiche Erfolg auch eingetreten wäre, wenn der Sachverständige ein sachlich richtiges Gutachten erstattet hätte; weitere für den Kausalzusammenhang im juristischen Sinn bedeutsame Wertungsfragen, etwa im Sinne der Beurteilung der Adäquanz, sind hier nicht zu lösen (8 Ob 505/86; 3 Ob 284/01p = JBl 2002, 799; 1 Ob 263/02m). Ob aber der natürliche Kausalzusammenhang gegeben ist, ist eine reine Tatfrage, deren Lösung durch die Vorinstanzen im Revisionsverfahren nicht mehr bekämpft werden kann. In dieser Rechtsprechung, die lediglich in jenen Fällen, in denen es zu keiner gerichtlichen Entscheidung kam, die juristische Kausalität als Rechtsfrage prüft (3 Ob 284/01p), ist festzuhalten. Warum sie „bei Vollziehung des Wettbewerbsrechts“ nicht zur Anwendung kommen sollte, ist nicht ersichtlich; der Beklagte begründet seine Rechtsansicht nicht weiter. Dass hier aber der gleiche Erfolg nicht eingetreten wäre, wenn der Beklagte ein sachlich richtiges Gutachten erstattet hätte, haben die Vorinstanzen festgestellt. (...)

5. Schließlich wendet der Beklagte noch ein, es treffe ihn kein Verschulden. Er habe sich bei seiner Gutachtenserstattung an den gerichtlichen Auftrag gehalten; dieser sei die Basis und an diesen sei er auch gebunden gewesen. Entsprechend diesem Auftrag habe er sich umfassend mit sämtlichen, im Akt erliegenden Unterlagen auseinandergesetzt und darüber hinaus „noch weitere Unterlagen für die Befund- und in der Folge Gutachtenserstellung“ beigeschafft. Sei aber schon der Auftrag fehlerhaft und daher das Gutachten unzutreffend, unvollständig oder unrichtig, handle es sich nicht um einen Fehler des Sachverständigen, sondern um einen „vorgelagerten Gerichtsfehler“. Dieser Argumentation hat bereits das Erstgericht zutreffend entgegen gehalten, der Beklagte hätte den Gutachtensauftrag kritisch hinterfragt und dabei insbesondere die Terminologie im Zusammenhang mit Tropfkörper- und Bodenkörperfilteranlagen klarstellen und den Beurteilungsgegenstand eindeutig abgrenzen müssen. Darüber hinaus wäre es auch seine Aufgabe gewesen, allenfalls notwendige weitere Unterlagen beizuschaffen und die Durchführung eines Ortsaugenscheins anzuregen. Dass er dies nicht getan hat, begründet daher jedenfalls sein Verschulden. Damit kann aber die Frage auf sich beruhen, ob der Beklagte nicht schon deshalb haftet, weil er zum Zeitpunkt der Erstattung seines Gutachtens im Wettbewerbsprozess Anlagen der Mitbewerberin plante, dennoch auf Anfrage des Verhandlungsrichters im Wettbewerbsprozess mitteilte, „dass er für die klagende Partei weder als Berater noch als Sachverständiger tätig gewesen ist und auch keine Geschäftskontakte zur klagenden Partei unterhält“. Im Haftungsprozess hat er nunmehr zugestanden, jene Anlagen, um die es im Wettbewerbsprozess gegangen ist, selbst geplant, dh seine eigenen Anlagen als gerichtlicher Sachverständiger begutachtet zu haben.“

Kein Einwand von hier aus.

In der **E 4 Ob 70/06g vom 23. 5. 2006** war der Privatgutachter der nunmehrigen Beklagten der eigentliche Grund für deren Unterliegen in einem Wettbewerbsprozess: Sie hatte sein Gutachten, in dem Produkte der Klägerin zu Unrecht schlecht beurteilt worden waren, nämlich an Vertragspartner der Klägerin versendet:

„Die Beklagte übermittelte das Gutachten an Bauträger und Architekten in ganz Österreich, unter anderem auch an Kunden der Klägerin. In einem Begleitschreiben, das an zumindest zwei bestimmte Empfänger gerichtet war, hieß es unter anderem: „Bewertung von Dämmstoffen im Umkehrdach [...] Herr DI [...] aus Wien, langjährig anerkannter Sachverständiger für Bauphysik, hat in einer gutachterlichen Stellungnahme einmal deutlich herausgearbeitet, wie Umkehrdächer mit XPS und Umkehrdächer mit EPS zu bewerten sind. Sie können auf sein Fazit gespannt sein. [...] Eine Kurzfassung dieser Bewertung finden Sie anbei, das komplette Gutachten können Sie gern mit dem Faxformular anfordern ...“

Die Beklagte soll, da die Unrichtigkeit des Gutachtens inzwischen feststeht, zum Widerruf „des Gutachtens“ verhalten und die Klägerin zur Veröffentlichung des Ausspruchs über das Unterlassungs- und das Veröffentlichungsbegehren in den Fachzeitschriften „Baumagazin“ und „Baustoffmarkt“ ermächtigt werden. Zur Begründung stützte sich die Klägerin auf § 7 Abs 1 UWG. Die Beklagte habe das strittige Gutachten an Vertragspartner der Klägerin in ganz Österreich übermittelt. Dadurch drohten ihr ein Wettbewerbsnachteil und ein erheblicher Schaden. Da es der Beklagten darum gehe, fremden Wettbewerb zu fördern, sei sie nach § 7 Abs 1 UWG passiv legitimiert. Die Verbreitung des Gutachtens sei ihr unmittelbar zuzurechnen. Das Erstgericht gab der Klage im Wesentlichen statt. Es nahm den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt als erwiesen an. Weiters stellte es aufgrund eines im Prozess eingeholten Gutachtens fest, dass das Produkt der Klägerin – bezogen auf den Schluss der Verhandlung – für die Verwendung in Umkehrdächern geeignet sei und dass diese Verwendung den Regeln der Technik entspreche. Während des Verfahrens hatte der Gerichtssachverständige teilweise andere Ansichten vertreten. (...)

1. Die Revision vertritt weiterhin die Auffassung, dass die strittigen Passagen des Gutachtens (Übereinstimmung mit den Regeln der Technik, Eignung für Umkehrdächer) Werturteile und keine Tatsachenbehauptungen seien. Insofern ist auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts zu verweisen. Tatsachen im Sinn von § 7 Abs 1 UWG sind nach ständiger Rechtsprechung – unabhängig von der im Einzelfall gewählten Formulierung – „Umstände, Ereignisse oder Eigenschaften eines greifbaren, für das Publikum erkennbaren und von ihm an Hand bekannter oder zu ermittelnder Umstände auf seine Richtigkeit nachprüfbarer Inhalts“ (RIS-Justiz RS0079167, vgl auch RS0079167). Entscheidend ist, ob eine Behauptung bewiesen werden kann oder ob es sich um eine unüberprüfbare Meinungsäußerung handelt (RIS-Justiz RS0079408). Auch bewertende Einschätzungen sind Tatsachenbehauptungen, wenn ihre objektive Richtigkeit überprüfbar ist (RIS-Justiz RS0032270). Die hier strittigen Passagen des Gutachtens sind objektiv überprüfbar. Für die Beurteilung ihres Wahrheitsgehalts macht es keinen Unterschied, ob einzelne Teile davon für sich allein unbedenklich sein könnten: Eine zergliedernde Betrachtungsweise widerspräche nämlich dem im Wettbewerbsrecht geltenden allgemeinen Grundsatz, dass der Inhalt einer Ankündigung stets am Gesamteindruck zu messen ist, den die angesprochenen Verkehrskreise gewinnen (4 Ob 2064/96 = ÖBl 1997, 20 – Steirischer Medienjumbo mwN; 4 Ob 56/97g = ÖBl 1998, 14 – Schwarzahörer willkommen mwN; RIS-Justiz RS0078948). Wer eine mehrdeutige Äußerung macht, muss die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen (RIS-Justiz RS0079648). Der Ge-

samteindruck der beanstandeten Äußerung lässt sich dahin zusammenfassen, dass nur das Produkt der Mitglieder der Beklagten, nicht aber jenes der Klägerin für eine Verwendung in Umkehrdächern geeignet ist. Begründet wird das im Wesentlichen mit drei Elementen: fehlende bzw entgegengesetzte Normen, zu hohe Wasseraufnahme im Frost-Tau-Zyklus mit der Folge eines verminderten Dämmvermögens, und fehlende Langzeitbewährung. Dass die Verwendung des Produkts aus dem letztgenannten Grund (auch) nicht den Regeln der Technik entsprechen soll, hat keinen zusätzlichen Aussagewert, sondern ist nur eine weitere Begründung für den Aussagekern der fehlenden Eignung.

2. Die strittigen Behauptungen sind ohne Zweifel geeignet, das Unternehmen und den Kredit der Klägerin zu schädigen. Die Beklagte muss daher den Beweis erbringen, dass ihre Behauptungen im Kern wahr sind (RIS-Justiz RS0079727).

2.1. Das Erstgericht sah den Wasseraufnahmewert, den der Privatsachverständige zugrunde gelegt hatte, als widerlegt an (US 20). (...)

2.2. Es steht auch fest, dass die Verwendung des Produkts der Klägerin bei Schluss der Verhandlung den anerkannten Regeln der Technik entsprach. (...) Das Produkt der Klägerin war tatsächlich geeignet, es war von zwei Landesregierungen aufgrund von Gutachten anerkannter Prüfstellen für den Einsatz in Umkehrdächern zugelassen. Bei dieser Sachlage hätte fehlende Langzeitbewährung auch aus „damaliger“ Sicht nur die Aussage zugelassen, das Produkt der Klägerin sei derzeit nicht sicher geeignet. Kern der strittigen Behauptungen ist aber, wie oben ausgeführt, die darüber hinausgehende Aussage, nur das Produkt der Mitglieder der Beklagten, nicht aber jenes der Klägerin sei für Umkehrdächer geeignet. Der Wahrheitsbeweis dafür wäre auch dann nicht erbracht, wenn der Beklagten der Nachweis gelänge, dass die Langzeitbewährung bei Verbreitung des Gutachtens noch nicht vorhanden war und dass diese Bewährung nach den Regeln der Technik auch nicht durch eine technische Prüfung ersetzt werden kann. In diesem Fall könnte die Eignung zwar in Zweifel gezogen werden, die Behauptung fehlender Eignung ginge aber jedenfalls zu weit.

2.4. Die Beklagte hat somit herabsetzende Behauptungen verbreitet, deren Wahrheit sie im Kern auch für den Zeitpunkt des Verbreitens nicht beweisen konnte. Damit ist der Tatbestand des § 7 Abs 1 UWG jedenfalls erfüllt (...)

3. Die Revision bezweifelt nicht, dass auch das Weitergeben fremder Behauptungen ein „Verbreiten“ im Sinne des § 7 Abs 1 UWG ist (RIS-Justiz RS0079097). Die Angabe einer Quelle kann den Eintritt der Rechtsfolgen des § 7 Abs 1 UWG nicht verhindern (RIS-Justiz RS0079114). Daraus folgt aber auch, dass im Urteilspruch nicht auf diese Quelle hinzuweisen ist (4 Ob 313/74 = ÖBl 1975, 33 – Skiwelt). (...) Das in der Revision erörterte Problem, dass eine fremde Äußerung nicht im strengen Sinn „widerrufen“ werden kann, ist nur terminologischer Natur. Gegenstand des Widerrufsanspruchs ist die Abgabe einer Wissenserklärung, durch die eine frühere Wissenserklärung als unrichtig bezeichnet wird (RIS-Justiz RS0078800). Ergibt sich der Widerrufsanspruch aus der Verbreitung einer von einer dritten Person gemachten Behauptung, bedeutet „Widerruf“ nichts anderes die Mitteilung, dass die verbreitete Behauptung unrichtig war. Eine solche Wissenserklärung kann auch von jemandem abgegeben werden, der die herabsetzende Wissenserklärung zwar nicht selbst formuliert hat, aber wegen ihres Verbreitens dafür einstehen muss. Nur

zur Klarstellung ist festzuhalten, dass sich der Anspruch im konkreten Fall nicht gegen den Sachverständigen selbst richtet. Eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob ein Sachverständiger auch bei Privatgutachten nur dann nach § 7 Abs 1 UWG haftet, wenn er wissentlich ein falsches Gutachten erstattet hat (vgl 4 Ob 75/92 = JBI 1993, 518 [krit *Koziol*] – Privatgutachten), ist daher nicht erforderlich.

4. Varia

In dem der **E 3 Ob 252/05p vom 15. 2. 2006** zugrunde liegenden Fall musste sich ein Ersteher dagegen wehren, dass bei einer Versteigerung niemandem – auch nicht dem Sachverständigen – aufgefallen war, dass in dem belasteten Grundstück eine „Enklave“ mit einem Gebäude eingeschlossen war, die zu einem eigenen Grundstück gehörte und nicht versteigert worden war. Zwischen dem bewerteten und beschriebenen Objekt und dem ersteigerten bestand also eine erhebliche Differenz; dafür gibt es freilich keine ohne weiters anwendbaren Regeln in der EO. Der OGH führt aus:

„Das Rekursgericht wies den Rekurs der Ersteherin zurück. Der Sachverständige sei in seinem Gutachten eindeutig davon ausgegangen, dass sich der Gebäudekomplex auf dem GSt 171/2 befinde. Ausgehend davon sei die Liegenschaft geschätzt und so auch der Zuschlag erteilt worden. Letzterer stimme daher mit dem Zwangsversteigerungsakt überein. Dass allenfalls aus einem dem Gutachten beigelegten Plan auf die Unrichtigkeit der Situierung des Gebäudes nach dem Gutachten geschlossen werden könne, vermöge daran nichts zu ändern, weil eine allfällige Unschlüssigkeit oder Unrichtigkeit des Schätzungsgutachtens nicht mit Rekurs gegen den Zuschlag geltend gemacht werden könne. Es sei gerade jene Liegenschaft zugeschlagen worden, die Gegenstand des Zwangsversteigerungsverfahrens gewesen sei. Die Rekurswerberin habe daher keinen der in § 187 Abs 1 EO genannten Rechtsmittelgründe geltend gemacht. Der von der zweiten Instanz – mit der Begründung, es fehle Rsp des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob der Rekurs des Erstehers zulässigerweise darauf gestützt werden könne, dass der Sachverständige unrichtigerweise ein Gebäude als zur versteigerten Liegenschaft gehörig betrachtet habe – zugelassene Revisionsrekurs ist zulässig und berechtigt. [...]

2. Es ist daher inhaltlich zu prüfen, ob der Rekurs tatsächlich einen tauglichen Rekursgrund iSd § 187 Abs 1 EO geltend macht. Dem Ersteher stehen dieselben Rekursgründe zur Verfügung wie den sonstigen Beteiligten (*Heller/Berger/Stix*, EO⁴ 1383). Die Rechtsmittelwerberin brachte in ihrem Rekurs als Ersteherin gegen die Zuschlagserteilung vor, ihr Meistbot habe sich auf ein anderes als das versteigerte Grundstück bezogen, und machte damit den Rekursgrund (für den Rekurs gegen die Zuschlagserteilung) nach § 187 Abs 1 zweiter Satz EO geltend. Danach kann die Anfechtung auf einen der im § 184 angeführten Umstände oder darauf gegründet werden, dass der Zuschlag mit dem Inhalte des über den Versteigerungstermin aufgenommenen Protokolles oder anderer nach Vorschrift dieses Gesetzes bei der Entscheidung über den Zuschlag zu berücksichtigender Akten nicht übereinstimmt, oder dass sich das Meistbot auf ein anderes Grundstück bezieht. Zwar können Willensmängel wie Irrtum nicht mit Rekurs gegen den Zuschlag geltend gemacht werden können (3 Ob 48/88; RIS-Justiz RS0003245; *Angst in Angst*, EO, § 156 Rz 3; *Breinl/Zbiral* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO, § 187 Rz 14; *Heller/Berger/Stix* aaO 1334, 1383). Insbesondere kann sich ein Rekurswerber nicht darauf berufen, das Flächenmaß der

Liegenschaft sei (aufgrund eines Fehlers im Gutachten) unrichtig angegeben worden (3 Ob 89/87 = JBI 1988, 122 = ImmZ 1988, 225; RIS-Justiz RS0003269). Davon ist jedoch der Fall zu unterscheiden, dass sich das Meistbot bei der gebotenen objektiven Auslegung tatsächlich nicht (oder wie hier behauptet: nicht nur) auf die versteigerte Liegenschaft bezieht (*Breinl/Zbiral* aaO § 187 Rz 12). Solche Umstände werden im materiellen Recht als – von den Willensmängeln zu unterscheidender – Dissens bezeichnet. Sie stellen einen Rekursgrund iSd § 187 Abs 1 zweiter Satz EO dar und werden im Regelfall (auch) eine Aktenwidrigkeit darstellen (*Heller/Berger/Stix* aaO 1381). Im materiellen Recht liegt Dissens nicht nur bei einer offenen Diskrepanz der Erklärungen vor, sondern auch bei einer objektiven Mehrdeutigkeit von einander formal deckenden Erklärungen (*Koziol* in *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹² 117; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*³ § 869 ABGB Rz 12; beide mwN). Diese Wertung kann nach Auffassung des erkennenden Senats auch bei § 187 Abs 1 zweiter Satz EO fruchtbar gemacht werden. Kann bei objektiver Betrachtungsweise nicht entschieden werden, auf welche Liegenschaft sich das Meistbot und der Zuschlag tatsächlich beziehen, so ist der Rekursgrund iSd genannten Bestimmung erfüllt. Das Neuerungsverbot steht dem zumindest dann nicht entgegen, wenn sich die objektive Mehrdeutigkeit aus dem Akteninhalt ergibt, wie er dem Meistbot und dem Zuschlag zugrunde lag. Das Wertermittlungsgutachten mit seinen für die Wertermittlung relevanten Beilagen über das Versteigerungsobjekt als Grundlage des Edikts und des Zuschlags gehört zum Akteninhalt. Im vorliegenden Fall kann eine objektive Mehrdeutigkeit des Meistbots und der Zuschlagserteilung nicht von vornherein ausgeschlossen werden, ist doch gerade nicht – wie vom Rekursgericht angenommen – eindeutig, dass Gegenstand des Verfahrens das Grundstück mit dem Gebäude gewesen sei. Damit wäre das gesamte Gebäude und damit auch ein weiteres, nicht zum Gutsbestand des (eigentlichen) Versteigerungsobjekts gehörendes Grundstück versteigert worden. Einer „Eindeutigkeit“ steht entgegen, dass sich die Versteigerungsbewilligung, das Edikt, das Ausbieten in der Versteigerung und wohl auch der Zuschlag – zumindest nach dem jeweiligen Wortlaut – nur auf das Grundstück als solches (bezeichnet nur durch die Grundstücksnummer, die Fläche und die Nutzungsart „Baufläche begrünt“) bezogen. Demgegenüber erfassten das Gutachten und die Veröffentlichung in der Ediktsdatei tatsächlich auch das Gebäude und damit in Wahrheit ein weiteres, nicht zum Gutsbestand der versteigerten EZ 1620 gehörendes Grundstück. Bei diesem Sachverhalt liegt zwar nicht der von § 187 Abs 1 zweiter Satz EO in erster Linie erfasste offene Widerspruch zwischen Meistbot und Zuschlag vor, aber es kann die oben angesprochene Problematik der objektiven Mehrdeutigkeit des Meistbots und des darauf beruhenden Zuschlags angesichts der Veröffentlichung in der Ediktsdatei nicht von vornherein verneint werden.“

Da es also insgesamt gelingen wird, den Zuschlag zu berichtigen, soll dem nicht widersprochen werden.

Einer für die alltägliche Praxis ganz wesentlichen Frage gilt die **E 3 Ob 27/06a vom 29. 3. 2006**. Eine Prozesspartei machte geltend, sie habe nicht an der Befundaufnahme teilnehmen können, was einen Verfahrensmangel begründe. Das lehnt der OGH mit Recht ab:

„Die Revisionswerberin releviert neuerlich und ausschließlich die „Fernhaltung“ ihres Geschäftsführers und ihres Rechtsvertreters von den Befundaufnahmen des Sachverständigen. Beim Ortsaugenschein hätten auch Zeugen des

Verfahrens, nämlich Mitarbeiter der beklagten Partei, gegenüber dem Sachverständigen Angaben gemacht, die in das Gutachten Eingang gefunden hätten. Der klagenden Partei sei die Möglichkeit, sich rechtzeitig und unmittelbar zu äußern, genommen worden (§ 477 Abs 1 Z 4 ZPO). Den Sachverhalt hätte das Berufungsgericht als Nichtigkeit des Verfahrens erster Instanz von Amts wegen werten müssen, weil der Grundsatz der Unmittelbarkeit verletzt worden sei. Die Ausführungen des Gutachtens hätten „durch entsprechende Befragung unseres Geschäftsführers widerlegt werden können“. Zu diesem Revisionsvorbringen ist Folgendes auszuführen:

1. Die bekämpfte Rechtsansicht des Berufungsgerichts weicht nicht von den in stRsp vertretenen Grundsätzen ab, dass zwar das rechtliche Gehör iSd Art 6 Abs 1 MRK nicht nur dann verletzt werde, wenn einer Partei die Möglichkeit, sich im Verfahren zu äußern, überhaupt genommen werde, sondern auch dann, wenn einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen- und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten. Das Gericht habe daher den Parteien Verfahrensvorgänge, die erkennbar für sie wesentliche Tatsachen betreffen, bekannt zu geben und ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, dazu Stellung zu nehmen. Eine Beweisaufnahme ohne Zuziehung der Parteien führe aber noch nicht zur Verletzung des rechtlichen Gehörs. Es genüge, dass sich eine Partei zu den Tatsachen und Beweisergebnissen vor der Entscheidung äußern könne (so schon SZ 58/142 = JBl 1986, 444 [kritisch *Schantl*] und die folgende Rsp; RS-Justiz RS0074920). Wenn eine Partei untätig bleibe, habe sie die Folgen ihrer Untätigkeit als Säumnisfolgen zu tragen und in diesem Punkt das Gehör verwirkt (3 Ob 240/99m = EvBl 2000/45). Das rechtliche Gehör ist auch dann gewahrt, wenn die Partei zwar keine Gelegenheit hatte, an die in ihrer Abwesenheit vernommenen Zeugen Fragen zu stellen, wenn ihr aber (nachfolgend) Gelegenheit gegeben wurde, ihren Standpunkt darzulegen und sich zu allen Tatsachen und Beweisergebnissen zu äußern (7 Ob 141/03s). Nichts anderes wurde auch in der von der Revisionswerberin zitierten Entscheidung 3 Ob 111/01x = RdW 2002, 285 ausgesprochen. Auch dort wurde ein von Amts wegen wahrzunehmender Nichtigkeitsgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs iSd Art 6 Abs 1 MRK nur für den Fall bejaht, dass sich die Partei zu entscheidungswesentlichen Tatsachen und Beweisergebnissen nicht äußern konnte und dass dies nur dann der Fall ist, wenn das Gericht die Verfahrensvorgänge und wesentlichen Tatsachen den Parteien nicht bekannt gibt (dies war in der Vorentscheidung deshalb der Fall, weil der Prozessrichter vor Einholung eines ergänzenden Gutachtens die Verhandlung gemäß § 193 Abs 3 ZPO unter Zusage einer Wiedereröffnung des Verfahrens für den Fall einer entsprechenden Antragstellung zugesagt hatte, in der Folge aber das Gutachten gemeinsam mit der Urteilsausfertigung den Parteien zugestellt hatte). In der vom Rekursgericht zitierten Lehrmeinung (*Fasching Zivilprozessgesetz*³, § 359 ZPO Rz 1 und 2) vertritt *Rechberger* die Auffassung, dass auch bei einer Befundaufnahme oder Beweisaufnahme durch einen Sachverständigen, an welcher der Prozessrichter nicht teilnimmt, die Regeln der ZPO grundsätzlich anzuwenden seien, dass also „soweit dies möglich und tunlich ist“, zur Wahrung der Unmittelbarkeit und des Parteigehörs die Anwesenheit der Parteien bei den Ermittlungen des Sachverständigen gewährleistet sein müsse. Wenn der Sachverständige bei seinen Ermittlungen nur eine Partei heranziehe und der anderen keine Gelegenheit biete, anwesend zu sein, könne dies einen Ablehnungsgrund darstellen. Diese Ausführungen lassen

offen, welche Rechtsfolgen die Nichtbeziehung nur einer Partei für den Fortgang des Verfahrens und die Anfechtbarkeit der Entscheidung hat. Dazu ist Folgendes auszuführen: Schon die erwähnte Einschränkung der Beziehung der Parteien „nach Möglichkeit und Tunlichkeit“ ist durchaus geboten, weil es rechtfertigende Gründe für die Befundaufnahme des Sachverständigen ohne Anwesenheit beider Parteien oder für die Anwesenheit nur einer Partei geben kann (etwa die medizinische Untersuchung einer Partei durch einen sachverständigen Arzt). Auch der im vorliegenden Fall von der beklagten Partei ins Treffen geführte Grund der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen könnte für die Abwesenheit der anderen Partei eine Rolle spielen. Für die Frage des Gehörs kommt es daher auf rechtfertigende Umstände bei der Einschränkung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit genauso an wie in Ansehung der Rechtsfolgen auf prozessökonomische Überlegungen. Bei Letzteren ist zwischen dem Fall zu unterscheiden, bei dem einer Partei im gesamten Verfahren einer Instanz das Gehör entzogen wurde, und demjenigen, wo dies nur in einem bestimmten Verfahrensabschnitt geschieht, dem ein weiterer folgt, in dem der allfällige Verstoß gegen den Grundsatz der Einräumung des Gehörs über Rüge saniert werden kann. In letzterem Fall eine (absolute) Nichtigkeit zu bejahen, bedeutete die Verneinung eines Verfahrensaufwands auch ohne jede Beeinträchtigung der Rechtsstellung der dem Verfahrensabschnitt nicht beigezogenen Partei, die sich beispielsweise gar nicht für beschwert erachten kann (etwa, wenn die Feststellungen des Sachverständigen ohnehin für sie günstig sind) und die auch keine Rüge erhebt. Die Rechtsfolge einer derartigen absoluten Nichtigkeit ist den Prozessgesetzen nicht zu entnehmen und wurde von der zitierten Rsp auch noch nicht angenommen (RIS-Justiz RS0074920). Es ist daher daran festzuhalten, dass bei nachträglicher Eröffnung einer Äußerungsmöglichkeit, wie sie in einer der Befundaufnahme des Sachverständigen nachfolgenden Tagsatzung regelmäßig eingeräumt wird, keinen Nichtigkeitsstatbestand, sondern höchstens eine rügepflichtige Mangelhaftigkeit des Verfahrens verwirklicht wird.“

In der Diskussion wurde mit Recht darauf hingewiesen, dass der Schwerpunkt der Entscheidung in der Verneinung der Nichtigkeit zu sehen ist, dass die Frage, ob in der Nichtbeziehung einer Partei ein Verfahrensmangel liege, damit aber nicht präjudiziert werde, und dass sich zudem im Strafverfahren dieselben Fragen wieder anders stellen können.

Und ein Letztes: In der E 2 Ob 234/05h vom 7. 2. 2007 hatten die Gerichte im Zuge eines Schadenersatzprozesses einen 100 Jahre alten Ziegelgewölbekeller zu bewerten, den der beklagten Versicherung haftpflichtversicherte Schädiger mit seinem Traktor zum Einsturz gebracht hatte. Thema der Revision war die Frage, ob die bereits betagte Klägerin, die den Keller mit Sicherheit bis an ihr Lebensende hätte nutzen können (so das Berufungsgericht), sich einen Abzug „Neu für alt“ gefallen lassen musste. Das Erstgericht hatte nämlich die Restnutzungsdauer des Altgewölbes im Vergleich zu einem neuen mit etwa einem Drittel angesetzt und daher auch nur ein Drittel der Neuerrichtungskosten zugesprochen. Der OGH hat die Revision als unzulässig zurückgewiesen und ist dem LG darin gefolgt, dass kein Abzug vorzunehmen sei. Er hat dabei freilich richtigerweise nicht auf die Person der Geschädigten abgestellt (da ja auch deren allfällige Erben mit in die Betrachtung einzubeziehen wären). Vielmehr hat er die Grundsätze der Rechtsprechung betreffend „neu für alt“, die wohl auch für Sachverständige bzw Techniker von Interesse sein dürften, wie folgt zusammengefasst:

„Der Abzug „neu für alt“ setzt eine dem Schadenersatz-

rechtlichen Ausgleichsgedanken (RIS-Justiz RS0022586; RS0023471) widersprechende Bereicherung des Geschädigten voraus; seine Anwendung ist gerechtfertigt, wenn die neu hergestellte Sache dem Beschädigten mit Sicherheit eine längere Brauchbarkeit bietet als die beschädigte, gebrauchte Sache noch geboten hätte (RIS-Justiz RS0030246; 2 Ob 159/98s; 2 Ob 56/83 = SZ 56/54 = JBl 1984, 491; 3 Ob 165/04t; vgl 10 Ob 31/00g = RdW 2001, 590 = bbl 2001, 155 = eclex 2001/211). Bei der Neuerrichtung eines beschädigten Gebäudes (hier Gebäudeteils) kommt zwar in der Regel ein objektiver Vorteil des Geschädigten (vgl 10 Ob 31/00g) wegen der längeren Lebensdauer und der Ersparnis von Aufwendungen in Frage (4 Ob 98/01t: Neuaufbau einer in schlechtem Zustand gewesenen Almhütte mit einer Restnutzungsdauer von 15 Jahren; 8 Ob 40/86 = JBl 1987, 325: Neuerrichtung einer Brücke mit einer um 32 Jahre längeren Lebensdauer). Im Unterschied zu den eben zitierten beiden Fällen, in denen der Abzug „neu für alt“ für gerechtfertigt erachtet wurde, liegt hier ein wirtschaftlicher Vorteil für die Klägerin nicht auf der Hand: Das beschädigte Bauwerk war ungeachtet seines Alters in einem relativ guten Erhaltungszustand und hätte einer Nutzung über einen Zeit-

raum von weiteren 100 Jahren standgehalten. Aufgrund des Erhaltungszustandes wären offenbar besondere Reparaturmaßnahmen nicht zu erwarten gewesen, weshalb sich auch die Annahme einer Ersparnis bezogen auf die der Klägerin als Eigentümerin zur Last fallenden Aufwendungen nicht aufdrängt. Der Vergleich zwischen der Restlebensdauer des alten Bauwerks und jener des neuen Gewölbes erreicht auch andere Dimensionen als in dem „Brückenfall“ (8 Ob 40/86). Eine Wertsteigerung des gesamten Vierkanthofes durch Erneuerung der Gewölbedecke als unselbständigen Bestandteils (vgl RIS-Justiz RS0009909 [T10]; *Spielbücher in Rummel*³, § 294 ABGB Rz 7) steht nicht fest, was zu Lasten der in diesem Punkt behauptungs- und beweispflichtigen (RIS-Justiz RS0036710) Schädigerin geht.“

Korrespondenz:

*o UnivProf Dr Peter Rummel
Institut für Zivilrecht
an der Johannes-Kepler-Universität Linz
4040 Linz, Altenberger Straße 69*