

Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2009*

Das seit dem letzten Brandlhofseminar vergangene Jahr hat in der Judikatur der Höchstgerichte, die für diese alljährliche Übersicht das Material stellen, einen bunten Strauß verschiedener Fragen geliefert.

1. Enteignungsfragen

Beginnen will ich mit Enteignungsfragen, wobei verfahrensmäßige Details ganz im Vordergrund stehen werden.

Die Entscheidung des OGH **5 Ob 30/08k vom 9. 9. 2008** widmet sich dem hier schon öfter angesprochenen Thema der Entschädigungspflicht für Umwidmung einer Liegenschaft, diesmal in Vorarlberg. Da Raumplanung in die Landeskompetenz fällt, sind die Gerichte immer wieder mit der Anwendung (und – nach Maßgabe ihrer Zuständigkeit – Überprüfung) von Landesgesetzen befasst. Die verschiedenen Landesgesetzgeber haben sich ersichtlich bemüht, die einschlägigen Entschädigungen für Umwidmungen restriktiv zu formulieren (was verständlich ist), dabei aber in ihrem zusätzlich zu beobachtenden Bemühen um Originalität oft den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes nicht entsprochen, so auch hier. § 27 Vorarlberger Raumplanungsgesetz sieht nämlich seinem Wortlaut nach grundsätzlich nur Entschädigung bei *erstmaliger* Erlassung eines Flächenwidmungsplanes vor, bei späterer Umwidmung nur, wenn die Eigentümer Geld oder Sachleistungen für den Erwerb der Liegenschaft oder zur Herstellung der Baureife aufgewendet haben. Ansonsten sind Werterhöhungen oder -minderungen durch Umwidmungen nicht auszugleichen. In der Sache geht es um eine zum Teil als Bauland, zum Teil als Vorbehaltsfläche Stellplatz gewidmete Fläche, wobei die Letztere auch derzeit als Parkplatz vermietet (genutzt) wird; die Umwidmung sollte dazu dienen, diese Flächen als ein „Seefenster“ zum Bodensee freizuhalten, weil rundherum schon alle Ufergrundstücke bebaut sind. Der 5. Senat prüft zunächst die gesetzlichen Regelungen auf ihre Verfassungsgemäßheit:

„Wenn auch der VfGH aus Art 5 StGG weder für eine Enteignung noch für Eigentumsbeschränkungen eine verfassungsrechtliche Entschädigungspflicht ableitet, hat er doch in bestimmten Fällen angenommen, dass ein Gesetz, das eine entschädigungslose Enteignung vorsieht, gleichheitswidrig sein kann, wenn dadurch bestimmten Personen nur Vorteile erwachsen und der Enteignete die gesamte Last allein zu tragen hat. Gleichheitswidrig ist es auch, wenn für gleichartige Eigentumsbeschränkungen in einem Fall eine Entschädigung vorge-

sehen wird, im anderen aber nicht (VfSlg 16.316; VwGH 14. 5. 2002, 2000/10/0124). Nach der Judikatur des EGMR sind entschädigungslose Eigentumseingriffe im Allgemeinen ‚unverhältnismäßig‘ und daher unzulässig (vgl zuletzt 29. 3. 2006, *Scordino*, ÖJZ 2007, 382; vgl *Mayer*, Kurzkomentar, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, 594 f mwN). Der beschriebene Ansatz der ‚Sonderopfertheorie‘ fragt danach, wann eine Eigentumseinschränkung dem Eigentümer ein besonders gravierendes Opfer zugunsten der Allgemeinheit abverlangt, ihn also in sachlich nicht rechtfertigbarer und unverhältnismäßiger Weise stärker belastet als im Allgemeinen andere Personen zugunsten des öffentlichen Wohls belastet sind (vgl *Korinek/Pauger/Rummel*, Handbuch des Enteignungsrechts, 40 f mwN). [...]

Alle Raumordnungsgesetze treffen, wenngleich in unterschiedlichem Ausmaß, Entschädigungsvorkehrungen für durch Flächenwidmungsplan-Änderungen hervorgerufene Wertverluste (vgl die Darstellung in *Auer*, Die Änderung des Flächenwidmungsplans, 105 f; zu Vorarlberg: 119 f mwN). [...]

Eine konkrete Umwidmung kann nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs selbst dann rechtswidrig sein, wenn öffentliche Interessen (im Anlassfall ‚Wienerwald-Deklaration‘ mit planerischer Zielvorstellung einer Einschränkung der Siedlungsentwicklung) die Umwidmung von Bauland in Grünland rechtfertigen, die mit der angefochtenen Verordnung vorgenommene Widmungsänderung einer konkreten Liegenschaft von ‚Bauland-Wohngebiet‘ in ‚Grünland-Parkanlage‘ aber dem Gleichheitssatz widerspricht. [...]

Der Oberste Gerichtshof vertritt in Abkehr von früheren Entscheidungen (vgl etwa 6 Ob 538/94 ua) seit 2 Ob 52/99g (= bbl 1999/185 [zust *Auer*]) in nunmehr ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass eine, wenngleich verfassungsrechtlich nicht gebotene Entschädigungsregelung in Raumordnungsgesetzen sich am Gleichheitsgrundsatz messen zu lassen hat. [...]

Betrachtet man unter diesen Aspekten die hier maßgebliche Bestimmung des § 27 VlbG RPG, fallen verschiedene gleichheitswidrige Regelungen ins Auge. [...] Die Einschränkung der Entschädigungspflicht auf Fälle rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs vermag im Hinblick auf den materiellen Enteignungsbegriff nicht zu überzeugen, wenn auch in solchen Fällen der Verlust der Baulandeigenschaft als besonders gravierend empfunden wird. Dennoch erleidet auch der Baulandeigentümer, der auf andere Art erworben hat, denselben Wertverlust, hätte er doch durch Verkauf den Wert jederzeit realisieren können (vgl *Auer*, aaO, 132).

Auch die Einschränkung auf eine Erbteilung, der der Baugrundpreis zugrunde gelegt wurde, benachteiligt jenen in unsachgemäßer Weise, der etwa im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge durch Übergabsvertrag ins Eigentum einer Liegenschaft gelangt.

* Gekürzte Fassung eines Vortrages beim Brandlhofseminar am 19. 4. 2009.

Aber auch die Beschränkung des Tatbestands des § 27 Abs 2 lit c VlbG RPG, dem das Gesetz selbst die Eignung, eine ‚unbillige Härte‘ zu bewirken, attestiert, auf Fälle einer Erstwidmung führt zu einem gleichheitswidrigen Ergebnis. Gerade der Liegenschaftseigentümer, der durch eine rechtskräftige Baulandwidmung eine besondere Garantie für sich hat, erleidet durch eine Rückwidmung einen massiven Eigentumseingriff.

Einer Prüfung unter dem gebotenen Aspekt des Gleichheitssatzes hält diese Bestimmung nicht stand. [...]“

Grundsätzlich ist im Anschluss daran noch festzuhalten, dass die Gerichte in solchen Fällen eine Entschädigung unmittelbar gestützt auf Art 5 StGG und den Gleichheitsgrundsatz in verfassungskonformer Interpretation der betreffenden Entschädigungsnorm zusprechen, also nicht bloß eine Aufhebung der Gesetzesbestimmung durch den VfGH wegen Gleichheitswidrigkeit beantragen; diese Vorgangsweise ist in der Lehre nicht ganz unumstritten.

Die Entscheidung **1 Ob 218/08b vom 25. 11. 2008** hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob für die Enteignungsentuschädigung auch die allenfalls vom Enteigneten zu entrichtende Körperschaftsteuer zu berücksichtigen sei. Die Behörde hatte die allenfalls anfallende Körperschaftsteuer zusätzlich zur Entschädigung für die Einräumung einer Tunneldienstbarkeit von 2,84 Mio Euro zugesprochen. Die Liegenschaft stehe nämlich schon seit mehr als 100 Jahren im Eigentum der Enteigneten, der Erwerb sei abgeschlossen; das KStG sehe im Gegensatz zum Einkommensteuerrecht keine Begünstigung für Veräußerungsgewinne bei Grund und Boden vor. Die Enteignerin beantragt Neufestsetzung: die Körperschaftsteuer sei ausschließlich Sache der Enteigneten. Dem gibt der OGH Recht:

„[...] Zutreffend verweist die Revisionsrekurswerberin allerdings auf eine einschlägige Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs, deren Argumenten weitgehend auch für das österreichische Recht zu folgen ist. In diesem Urteil vom 13. 11. 1975 (III ZR 162/72 = NJW 1976, 232) wurde etwa ausgeführt, dass die für Gegenstände des Betriebsvermögens gemachten (steuerlichen) Wertansätze ‚stille‘ Rücklagen enthalten können, die bei einem Ausscheiden solcher Wirtschaftsgüter aus dem Betriebsvermögen gegen Entgelt aufgelöst werden. Dann entstehe ein zu versteuernder Gewinn in Höhe des Betrags, um den das Entgelt den Buchwert des Wirtschaftsguts im Zeitpunkt seines Ausscheidens übersteigt. Dies gelte auch für einen Gewinn, der auf die für einen enteigneten Vermögenswert ausgezahlte Entschädigung zurückzuführen ist. Die Enteignungsentuschädigung solle dem Betroffenen das volle Äquivalent für das Genommene geben. Habe der Betroffene einen Ausgleich in Höhe des vollen Werts des Genommenen erhalten, so werde weiter nicht darauf abgestellt, ob er sich mit der Entschädigung tatsächlich einen dem enteigneten Gegenstand gleichartigen oder gleichwertigen Gegenstand beschaffen könne oder wolle. Auf die Höhe der Entschädigung sei es hiernach grundsätzlich ohne Einfluss, wie der Enteignete im Einzelfall die Geldentuschädigung verwende. Eine durch die Enteignung aufgedeckte ‚stille‘ Rücklage zeige nur einen bereits vorhanden gewesenen verborgenen Gewinnposten auf; der Enteignungsvorgang bewirke lediglich, dass an die Stelle des Sachwerts der ihm voll entsprechende Geldbetrag tritt. Die Einkommensteuer knüpfe nicht einmal unmittelbar an diesen (einzelnen) Gewinnposten an; sie ergreife vielmehr den Gewinnüberschuss, der sich nach

Abschluss des Wirtschaftsjahres bei einem Vergleich der gewerblichen Einkünfte und Ausgaben ergibt. Bei einer Gesamtbetrachtung der einkommensteuerlichen Folgen einer Enteignung könne nicht außer Betracht bleiben, dass die aufgedeckten ‚stillen‘ Rücklagen echte gewerbliche Gewinne aufzeigen, die zu gegebener Zeit ohnehin versteuert werden müssten. Die Zubilligung einer zusätzlichen Entschädigung für einen im Einzelfall spürbar werdenden steuerlichen Zugriff würde sogar zu einer Begünstigung der von der Enteignung betroffenen Steuerpflichtigen führen können, was dem enteignungsrechtlichen Ausgleichsgedanken widerspräche. Das Einkommensteuerrecht trage dem Anliegen, die dem Enteigneten ‚aufgedrängte‘ Geldentuschädigung steuerneutral wieder anzulegen, in weitem Umfang Rechnung. Wo gleichwohl in Einzelfällen noch Härten auftreten könnten, ergäben sich diese allein aus der Struktur des Einkommensteuerrechts. Es wäre allein Aufgabe des Steuerrechts, allfällige Nachteile für die Enteignungsfälle zu vermeiden. Dieses Ergebnis werde unterstrichen durch die außergewöhnlichen Schwierigkeiten, die sich bei der Berücksichtigung etwaiger Einkommensteuerfolgen im Enteignungsverfahren ergeben würden. Die Möglichkeit, den Veräußerungsgewinn durch Bildung entsprechender Rücklagen über Jahre hinweg zu neutralisieren, würde das Enteignungsverfahren mit der lange währenden Unsicherheit belasten, ob das Scheitern der Ersatzbeschaffung einen Folgeschaden entstehen lasse. Das würde dem Grundsatz, dass Enteignungsverfahren beschleunigt abgewickelt werden sollen, zuwiderlaufen. Die tragenden Argumente dieser Entscheidung haben auch für das österreichische Recht Geltung. ‚Stille Reserven‘ sind die Unterschiedsbeträge zwischen den Veräußerungserlösen und den Buchwerten der veräußerten Wirtschaftsgüter (§ 12 Abs 2 EStG). Werden solche stille Reserven bei der Veräußerung von Anlagevermögen aufgedeckt, werden sie im entsprechenden Wirtschaftsjahr bilanzwirksam und können damit zu einem ‚ungeplanten‘ Bilanzgewinn führen, auf den die Antragsgegnerin gerade im vorliegenden Fall verweist. Ihrer Auffassung, die mit einem solchen Bilanzgewinn verbundene (zusätzliche) Körperschaftsteuerbelastung sei ihr im Rahmen eines umfassenden Ersatzes im Entschädigungsverfahren auszugleichen, ist das – auch vom Bundesgerichtshof herangezogene – Argument entgegenzuhalten, dass durch die Enteignung lediglich ein wirtschaftlich bereits vorhandener Gewinn aufgezeigt wird, der sich bisher bilanzmäßig – wegen der weit unter dem Verkehrswert liegenden Bewertung des entsprechenden Wirtschaftsguts in der Bilanz – noch nicht auf den Bilanzgewinn und damit auf die Körperschaftsteuerbelastung ausgewirkt hat. Es handelt sich um einen ‚echten gewerblichen Gewinn‘, der zu gegebener Zeit ohnehin versteuert werden müsste (vgl auch *Brunner*, Enteignung für Bundesstraßen, 208). Ein zusätzlicher Ausgleich neben der Vergütung des Verkehrswerts der enteigneten Sache für das regelmäßig bloß zeitliche Vorziehen einer Steuerbelastung steht dem Enteigneten daher nicht zu.

Da der Antragsgegnerin keine über die Vergütung des Verkehrswerts hinausgehende Entschädigung zusteht, sind die Entscheidungen der Vorinstanzen ersatzlos aufzuheben. Das Erstgericht wird im fortgesetzten Verfahren die Enteignungsentuschädigung ohne Berücksichtigung einer allenfalls eintretenden Körperschaftsteuerbelastung festzusetzen haben. [...]“

Dem wird man insgesamt zustimmen müssen; zur Einkommensteuerpflicht für die Enteignungsentuschädigung findet sich im Übrigen wenig österreichische Judikatur, weil die Frage für Private praktisch kaum eine Rolle spielt; wenn aber

einmal wegen der Aufdeckung von stillen Reserven aus dem Betriebsvermögen eine solche Steuer anfällt, gibt es in § 37 Abs 3 EStG eine Begünstigung (Aufteilung auf fünf Jahre) und bei Neuanschaffungen eine Begünstigung in § 12 EStG.

Die restlichen drei noch zu referierenden Entscheidungen betreffen Verfahrensfragen:

Das Erkenntnis des VwGH **2005/05/0193 vom 29. 1. 2008** betraf den Versuch eines Enteigneten, sich im Enteignungsverfahren noch einmal gegen das Projekt (hier: den Ausbau einer Bundesstraße auf seinem Grund) zur Wehr zu setzen, nachdem er schon im Straßenbau-Bewilligungsverfahren die Einwendung erhoben hatte, es sei eine Zufahrt zu seinem Grund nicht gesichert. Im Ergebnis bekommt er recht, weil die Behörde seit der Baubewilligungsentscheidung das Projekt geändert hat:

„Es entspricht allerdings der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass die strittige Frage der Notwendigkeit der Errichtung einer Straße, die bereits im straßenbaurechtlichen Bewilligungsverfahren zu prüfen ist, im nachfolgenden Enteignungsverfahren nicht mehr neuerlich hinterfragt werden kann (hg. Erkenntnis vom 15. Juni 2004, Zl. 2004/05/0085, ergangen zum StrG, mwN). [...] Im Erkenntnis vom 18. November 2003, Zl. 2001/05/0327, ergangen zum OÖ StrG, hat der Verwaltungsgerichtshof ausführlich begründet dargelegt, dass der straßenrechtliche Bewilligungsbescheid die Bedingungen festsetzt, welche bei der Ausführung der beabsichtigten Straßenbauten vom Standpunkt des öffentlichen Interesses und der mit diesem nicht in Widerspruch stehenden Interessen Dritter zu erfüllen sind. Er entfalte daher für das Enteignungsverfahren eine Bindungswirkung derart, dass die Notwendigkeit des konkreten Vorhabens im Enteignungsverfahren nur mehr sehr eingeschränkt geprüft werden dürfe. Im Enteignungsverfahren sei daher im Wesentlichen nur mehr die Frage zu prüfen, ob die Enteignung der für die Realisierung des Straßenbauvorhabens vorgesehenen Grundstücke im beantragten Umfang erforderlich sei.

Pauger hält in *Korinek/Pauger/Rummel*, Handbuch des Enteignungsrechtes, 71 f, dieser ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgende Bedenken entgegen: [...]

Diesen Bedenken kann entgegnet werden, dass auf eine strenge Identität des bewilligten Projekts mit dem Gegenstand der Enteignung geachtet wird. Nur wenn exakt das bewilligte Projekt Gegenstand auch der Enteignung ist, kann der Enteignungsgegner auf seine schon im Bewilligungsverfahren gegebene Rechtsposition verwiesen werden, wo er seinen Anspruch auf Berücksichtigung eingriffsminimierender Maßnahmen wahren konnte. Projektsänderungen nach der Bewilligung, insbesondere Projektsänderungen, von denen Rechte von Parteien nach § 13 Abs. 1 Z 2 bis 5 StrG berührt werden können und die daher als bewilligungspflichtige Umgestaltung zu qualifizieren sind, beseitigen die Identität von Bewilligungs- und Enteignungsgegenstand, sodass es an der grundsätzlichen Voraussetzung der Enteignung, dass die Enteignung nur für einen bewilligten Bau erfolgen darf, mangelt.

Mit seinem Schreiben vom 22. April 2005 hat das mitbeteiligte Land eine Projektsänderung vorgenommen: [...] Für dieses nunmehr abgeänderte Projekt liegt keine Bewilligung vor, sodass die Rechtsgrundlage für die gegenständliche Enteignung fehlt. [...]

In seiner Entscheidung **2 Ob 171/08y vom 30. 10. 2008** weist der OGH einen Revisionsrekurs der Finanzprokuratur

(namens der Republik Österreich, vertreten durch die Österreichischen Bundesforste AG) zurück: Es geht um die Entschädigung für die Erklärung des steirischen Dachsteinplateaus, des Altausseer Sees und von Teilen des Toten Gebirges zum Naturschutzgebiet: Manchmal profitiert auch die eine öffentliche Hand von den Maßnahmen der anderen bzw ist für diese zu entschädigen. Die Frage war nur: Welche „öffentliche Hand“ genau? Antragstellerin für die Neufestsetzung ist nämlich die Republik Österreich; das Land Steiermark bestreitet deren Aktivlegitimation. Nachdem die Republik noch versucht hatte, ihre Aktivlegitimation zu retten, hält der OGH fest, dass wegen des Systems der sukzessiven Kompetenz nur derjenige Rechtsträger Neufestsetzung der Entschädigung beantragen kann, gegen den der Bescheid ergangen ist, und das war die Österreichische Bundesforste AG:

„Ungeachtet dessen, dass während des laufenden Verwaltungsverfahrens zur Festsetzung der Entschädigung durch das BundesforsteG 1996 die dinglichen Berechtigungen an den Bundesforsten auf die Revisionsrekurswerberin einerseits und die Österreichische Bundesforste AG andererseits aufgespalten wurden (gemäß § 1 Abs 1 und § 7 Abs 1 BundesforsteG 1996 ist Grundeigentümer der Bund, Fruchtgenussberechtigte die Österreichische Bundesforste AG), erging auch der hier maßgebliche Bescheid nach dem Inhalt des ausschließlich maßgeblichen Spruchs (nur) gegenüber der Österreichischen Bundesforste AG. Der Spruch wie auch die Adressierung und die Zustellverfügung des Bescheids sind diesbezüglich eindeutig. Wenngleich den Gerichten eine inhaltliche Überprüfung eines Verwaltungsbescheids nicht zukommt (RIS-Justiz RS0036981), wird doch darauf verwiesen, dass der Bescheid gerade nicht jene Schäden betrifft, die dem Eigentümer, sondern jene, die dem Fruchtnießer entstanden sind: Gemäß § 509 ABGB ist die Fruchtnießung das Recht, eine fremde Sache mit Schonung unter Substanz ohne alle Einschränkung zu genießen. Im vorliegenden Fall wird mit dem Bescheid der entgangene ‚Genuss‘ (verbotene bzw eingeschränkte Holznutzung und Bejagung von Wild) abgefunden. Diesbezüglich ist nur der Fruchtnießer, nicht aber auch der Eigentümer geschädigt. Dieser wäre etwa durch eine Verkehrswertminderung des Grundstücks geschädigt, deren Abgeltung aber nicht Gegenstand des Bescheids war. Auch dieser Umstand spricht gegen die Ansicht der Revisionsrekurswerberin, die bescheiderlassende Behörde habe den Bescheid entgegen dessen Wortlaut für bzw gegen die Republik Österreich erlassen wollen. [...]

Darüber hinaus hatte die Entscheidung 3 Ob 507/81 einen einheitlichen Anspruch zum Gegenstand, der nur dem (dort im Bescheid nicht aufgeschienenen) Hauseigentümer zukommen konnte. Im vorliegenden Fall aber kommt – wie schon ausgeführt – dem Eigentümer und dem Fruchtgenussberechtigten an einer Liegenschaft kein gemeinsamer Anspruch auf Entschädigung zu, sondern allenfalls jeweils gesondert zu beurteilende Ansprüche auf Entschädigung (des Eigentümers etwa für Verkehrswertminderung, des Fruchtgenussberechtigten für Entgang der Nutzungen).“

Das scheint mir ganz unzweifelhaft richtig zu sein.

Und noch einmal kommt der VwGH kurz zu Wort: Im Erkenntnis **2007/06/0276 vom 28. 2. 2008** geht es um die Frage des Verhältnisses von Wiederaufnahme des Enteignungsbescheides im Punkte Festsetzung der Entschädigung

zum gerichtlichen Neufestsetzungsantrag. Der Beschwerdeführer beehrte Wiederaufnahme mit der Behauptung, der Amtssachverständige habe die von ihm zugrunde gelegten Vergleichspreise frei erfunden oder gefälscht. Der VwGH bestätigt die Zurückweisung mit der Begründung, dass die Frist für einen Neufestsetzungsantrag bei Gericht noch offengeblieben sei, in welchem Verfahren die gesamte Preisbestimmung hätte überprüft werden können.

Auch dem kann man wohl zustimmen. Bis zum Ergehen des Erkenntnisses des VwGH ist diese Frist freilich längst abgelaufen, sodass man dem Beschwerdeführer wohl Steine statt Brot gegeben hat.

2. Einiges zu Bewertungsfragen

Die Entscheidung **2 Ob 176/07g vom 29. 5. 2008** betrifft einen Versicherungsfall. Eine Feuerversicherung hatte den Eigentümerinnen eines Gebäudes den Schaden ersetzt, der durch Abbrennen entstanden war. Beklagt ist ein junger Mann, der den Brand durch unvorsichtiges Hantieren mit Knallkörpern verursacht hat.

„Das Gebäude befand sich auf einer Liegenschaft, die im Miteigentum von Senta S. (55 %) und Ines L. (45 %) stand. Es war seit 10 Jahren unbewohnt und wurde von Senta S. als Lager für Teppiche, Möbel, Bilder und Kleidung benützt. Die Eigentümerinnen hatten im Jahr 1999/2000 die Umwidmung der Liegenschaft von Grünland/ländliche Gebiete, Grünland/Immissionsschutzstreifen und Gewerbegebiet in Gebiet für Beherbergungsgrößenbetriebe (0,85 ha) und Handelsgrößenbetriebe (1,13 ha) erwirkt. Da eine Nutzung im Sinne der Umwidmung erst nach Abriss der ‚A. H.‘ möglich gewesen wäre, lag der Verkehrswert der Liegenschaft mit diesem Gebäude unter jenem, den sie ohne Gebäude gehabt hätte. [...] Durch den brandbedingten Abbruch der Ruine hat sich der Verkehrswert der Liegenschaft um die fiktiven Abbruchkosten erhöht. Die klagende Partei hat den damaligen Liegenschaftseigentümerinnen im Rahmen des mit diesen abgeschlossenen Feuerversicherungsvertrags den vom Nebenintervenienten als Gutachter durch Abzug einer Wertminderung von 70 % vom Neuwert mit 215.838,31 EUR ermittelten „Zeitwert“ des Gebäudes sowie Aufräumkosten von 2.180,19 EUR ersetzt. Die klagende Partei beehrt vom Beklagten, gestützt auf § 67 VersVG, den Ersatz ihrer auf der Grundlage der Allgemeinen Bedingungen für die Feuerversicherung 1995 an die Liegenschaftseigentümerinnen erbrachten Leistungen. [...]

1.) a) Die klagende Partei stützt ihren Anspruch auf § 67 VersVG. Diese Bestimmung, die für die gesamte Schadensversicherung gilt, normiert, dass ein Schadenersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen einen Dritten auf den Versicherer übergeht, soweit dieser dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt. Durch den Forderungsübergang ändert sich die Rechtsnatur des Anspruchs nicht (2 Ob 78/06v = EvBl 2007/43; RIS-Justiz RS0080533, RS0080594).

[...]

Die in Art 5 AFB verwendeten Begriffe ‚ortsüblicher Bauwert unter Abzug eines dem Zustand des Gebäudes, insbesondere dem Alter und der Abnutzung entsprechenden Betrags‘ und ‚Verkehrswert‘ sind nach ständiger Rechtsprechung in erster Linie versicherungsrechtlicher und nicht schadenersatzrechtlicher Natur (7 Ob 314/00b; 7 Ob 8/01d; RIS-Justiz RS0112134 [T1]).

Die klagende Partei fordert vom Beklagten (neben den Aufräumkosten) den Ersatz des nach versicherungsrechtlichen Grundsätzen ermittelten ‚Zeitwerts‘ des Gebäudes. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob dieser Anspruch unter schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten berechtigt ist. [...]

d) Der soeben erwähnte Ausgleichsgedanke erfordert aber auch, dass die durch das schädigende Ereignis bewirkte Wertsteigerung der Liegenschaft im Wege der Vorteilsausgleichung berücksichtigt wird. Dem steht die Auffassung nicht entgegen, wonach bei objektiv-abstrakter Schadensberechnung nur Vorteile anrechenbar sein können, die am beschädigten Gut selbst entstanden sind (vgl. RIS-Justiz RS0022824 [T2]; *Koziol*, aaO, Rz 10/22; aA *Reischauer*, aaO, § 1332 Rz 18 und II/2a § 1312 Rz 7). Sofern man den Ersatz der Herstellungskosten nicht ohnehin (wie *Reischauer*, aaO, § 1332 Rz 8) der subjektiv-konkreten Schadensberechnung zuordnen will – dieser Frage ist hier nicht näher nachzugehen –, muss nämlich beachtet werden, dass nicht nur das Gebäude, sondern auch die gesamte Liegenschaft ‚beschädigtes Gut‘ ist, dessen Werterhöhung auch bei objektiv-abstrakter Berechnung zugunsten des Schädigers in Anrechnung zu bringen ist (in diesem Sinne auch das von *Reischauer*, aaO, § 1312 Rz 7 und *Koziol*, aaO, Rz 10/22 FN 82 [zustimmend] zitierte Beispiel von *Thiele*, Gedanken zur Vorteilsausgleichung, AcP 167 [1967], 207 f, in welchem der Eintritt eines Schadens verneint wurde, weil die durch Zerstörung eines denkmalgeschützten Gebäudes verursachte Werterhöhung des Grundstücks die unter Abzug eines angemessenen Betrags ‚Neu für Alt‘ beehrten Wiederaufbaukosten überstieg; vgl. auch BGH NJW 1988, 1837; *Schiemann* in *Staudinger*, BGB, § 251 Rn 93). [...]

Alles in allem wohl ein überzeugendes Urteil, das zeigt, dass ein Versicherer nach seinem Vertrag auch einmal mehr zahlen muss, als ein Schädiger für das gleiche (untergegangene) Objekt.

In das damit angesprochene Thema „Bewertungsgrundsätze nicht ohne Rücksicht auf den Bewertungsanlass“ passt auch die folgende Entscheidung des OGH: **1 Ob 162/08t vom 16. 9. 2008**. Im Rahmen der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse nach einer Ehescheidung geht es um die Wertsteigerung der dem Mann gehörigen Ehwohnung während der aufrechten Ehegemeinschaft.

„Kurz nach der Heirat der Streitparteien im Jahr 1995 erwarb der Antragsgegner im Schenkungsweg eine Liegenschaft. [...]

Zum Zeitpunkt der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft im Jahr 2005 hatte sich der Verkehrswert der Liegenschaft – ohne Berücksichtigung der wertmäßigen Veränderung des reinen Bodenwerts – durch die Baumaßnahmen um 128.000 EUR erhöht (diese Verkehrswerterhöhung ergibt sich aus einem Mittelwert aus Sachbauwert und Ertragswert). Die Steigerung des reinen Sachbauwerts durch die Umbaumaßnahmen würde sich mit 208.000 EUR berechnen. [...]

Die Antragstellerin beehrte eine Ausgleichszahlung in Höhe von 64.475,43 EUR. Die Werterhöhung der Wohnung durch die Sanierungsarbeiten habe 234.760 EUR betragen. [...]

Vorweg ist festzuhalten, dass es im Revisionsrekursverfahren in erster Linie um die Frage geht, inwieweit der Umstand, dass die während der Ehe durchgeführten Sanierungsmaßnahmen zu ei-

ner bestimmten Wertsteigerung der Liegenschaft geführt haben, die aufgrund der Eigentumsverhältnisse dem Antragsgegner zugutekommt, im vorliegenden Fall bei der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse zu berücksichtigen ist. Nicht (mehr) strittig sind die Aufteilung zu gleichen Teilen sowie die Bewertung der übrigen zu berücksichtigenden Vermögensbestandteile. Grundsätzlich entspricht es dem Zweck des Aufteilungsverfahrens, die zu berücksichtigenden Vermögenswerte mit dem Verkehrswert anzusetzen (RIS-Justiz RS0057903). Soweit es um das Eigentumsrecht geht, steht es dem (vormaligen) Ehegatten, dem ein bestimmter Vermögenswert zugewiesen wird, regelmäßig frei, ob er diesen selbst nutzen, ungebraucht lassen oder veräußern will; auf die konkreten (Veräußerungs-)Absichten kommt es regelmäßig nicht an (7 Ob 267/98k). Welchen Verkehrswert eine Sache, etwa eine Liegenschaft, hat, ist eine Tatfrage (RIS-Justiz RS0043536), die von den Vorinstanzen abschließend beurteilt wurde. Auch bei der Bewertung von Liegenschaften in Verfahren nach den §§ 81 ff EheG ist im Regelfall der Verkehrswert anzusetzen (vgl nur 2 Ob 601/93 mwN), also jener Preis, der bei einer Veräußerung der Sache üblicherweise im redlichen Geschäftsverkehr für sie erzielt werden kann (§ 2 Abs 2 LBG). Wie die Vorinstanzen grundsätzlich zutreffend erkannt haben, lässt die Rechtsprechung gerade bei der Bewertung von Liegenschaften im nahehelichen Aufteilungsverfahren aber auch Abweichungen von der grundsätzlich gebotenen Orientierung am Verkehrswert zu, sofern dies angesichts der besonderen Umstände des zu beurteilenden Falls im Sinne des § 83 Abs 1 EheG der Billigkeit entspricht. Geht es um eine allenfalls von einem Ehegatten zu leistende Ausgleichszahlung, ist es eine Frage des Einzelfalls und der Billigkeit, inwieweit bei deren Festsetzung in gewissem Ausmaß vom Verkehrswert abgewichen werden kann (10 Ob 86/00w), insbesondere wenn der Zahlungspflichtige durch die Heranziehung des Verkehrswerts unzumutbar belastet würde (so etwa 10 Ob 86/00w; vgl auch 9 Ob 33/00v). In der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs wurde in diesem Zusammenhang etwa eine Wertermittlung nach dem Sachwertverfahren grundsätzlich als unbedenklich angesehen, wenn Anhaltspunkte dafür fehlen, dass der Ehegatte, dem das Haus mit der Ehwohnung verbleibt bzw im Aufteilungsverfahren zugewiesen wird, die Veräußerung der Liegenschaft beabsichtigt, sondern diese vielmehr weiterhin als Wohnstätte zu nützen gedenkt (1 Ob 230/98z; 1 Ob 286/00s; 10 Ob 86/00w).[...]

Entgegen der Auffassung des Rekursgerichts und der Antragstellerin kommt es aber auch unter Anwendung des Billigkeitsgrundsatzes im vorliegenden Fall nicht in Betracht, zu Lasten des Antragsgegners anstelle des Verkehrswertzuwachses durch die Investitionen in die vormalige Ehwohnung für das Aufteilungsverfahren den Bauwertzuwachs (vgl § 6 Abs 3 LBG) heranzuziehen. [...] Auch wenn [...] Tatsachenfeststellungen zur Intensität der Wohnungsbenützung durch den Antragsgegner für die Zeit nach der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft sowohl in räumlicher als auch in zeitlicher Hinsicht fehlen, kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass er sich die Finanzierung einer anderen Wohnmöglichkeit ersparte und ihm der ‚Wohnwert‘ der vormaligen Ehwohnung vollständig zugutekäme. Damit scheidet es aber auch aus, den Antragsteller im Rahmen einer Billigkeitsentscheidung so zu behandeln, als würde er von der Bauwerterhöhung der Liegenschaft in derselben Weise profitieren wie jemand, der sich bewusst dazu entschlossen hat, allein im eigenen Interesse Investitionen zu tätigen, die sich nur teilweise in einer Verkehrswertsteigerung niederschlagen. [...]

Die „Billigkeit“ in §§ 81 ff EheG ist also zwar nicht ganz unabhängig von den Vorgaben, die wir sonst für Wertermittlungen haben, sie erlaubt aber doch relativ freien Umgang damit. Da das freilich allein Aufgabe des Gerichts ist, tut der Sachverständige gut daran, die Grundlagen seiner objektiven Wertermittlung möglichst klar darzustellen, um dem Gericht einen brauchbaren Arbeitsbehelf zu liefern.

In die gleiche Schublade gehört die Entscheidung **5 Ob 188/08w vom 25. 11. 2008**. Hier ging es um die Übertragung einer Wohnung an den bisherigen Benutzer unter dem Regime des WGG ins Wohnungseigentum. Dabei bedarf es in Anwendung des § 15b WGG der Feststellung des Verkehrswerts.

„2.1. Die Auswahl der Methode zur Ermittlung des Verkehrswerts hat danach zu erfolgen, welche Methode am besten den Umständen des Einzelfalls gerecht wird (RIS-Justiz RS0066223, RS0066226, RS0056492), was auch für eine Kombination mehrerer Methoden zu gelten hat. Die Auswahl des maßgeblichen Wertermittlungsverfahrens hat durch den Sachverständigen zu erfolgen, welcher dabei den jeweiligen Stand der Wissenschaft und die im redlichen Geschäftsverkehr bestehenden Gepflogenheiten zu beachten hat (RIS-Justiz RS0066223 [T2 und T4]). Die Wahl der Bewertungsmethode ist als eine nicht dem Tatsachenbereich angehörige Frage vom Obersten Gerichtshof überprüfbar, wenn das Rekursgericht die vom Sachverständigen gewählte Bewertungsmethode ohne Änderung in der Sachverhaltsgrundlage aufgrund rein abstrakter Argumente modifiziert und hierdurch zu anderen Ergebnissen gelangt als der Sachverständige und das diesem folgende Erstgericht (RIS-Justiz RS0043517). Das ist hier der Fall:

2.2. Der Sachverständige hat sich im Rahmen des schriftlichen Gutachtens und dessen schriftlicher Erörterung aufgrund der von beiden Seiten erhobenen Einwendungen – von der Antragstellerin im Revisionsrekurs gebilligt – für das Ertragswertverfahren entschieden, weil dieses das Bestehen eines aufrechten Miet- oder Nutzungsverhältnisses am besten berücksichtige und der im Einzelfall tatsächlich bezahlte Mietzins gleichzeitig den Ertrag des Objekts bilde. Wegen der Maßgeblichkeit des Ertrags des Objekts und wegen dessen konkreter Vermietung komme weder die Anwendung des Vergleichswertverfahrens in Betracht noch bedürfe es der Anwendung eines weiteren Wertermittlungsverfahrens. Nicht nur diese Ausführungen, sondern auch die weitere gutachterliche Argumentation, die festgestellten Mängel seien geringfügig und würden keinen Abschlag rechtfertigen, Lage und Zustand der Wohnung seien nicht entscheidend, weil nicht der marktübliche, sondern der konkret erzielte Mietzins der Ertragswertberechnung zugrunde zu legen sei, und auch das Vorhandensein der Terrasse verändere den Mietzins und daher auch den Ertragswert nicht, übergang aber das Rekursgericht bei seiner Reduzierung des Verkehrswerts um immerhin zehn Prozent. Dies obwohl am Sachverhalt (geringfügige Mängel, darunter Schimmelbildung, Lage der Wohnung bei Fehlen eines Lifts und Vorhandensein von Terrassen und Kellerabteil) keine Änderung eintrat. Daher ist ein Abgehen von der vom Sachverständigen (ausdrücklich dennoch) gewählten Methode zur Wertermittlung nach dem Ertragswert unter Berücksichtigung von Umständen, die dessen Grundlage im konkreten Fall nicht beeinflussen, nicht gerechtfertigt.

Das bedarf einer Korrektur durch Wiederherstellung des erstgerichtlichen Sachbeschlusses hinsichtlich des Verkehrswerts der Wohnung des Drittantragstellers von 90.700 EUR, der dem Gutachten des Sachverständigen folgend festgesetzt wurde.“

Um die Verteilung eines Meistbotes geht es in der Entscheidung **3 Ob 186/08m vom 3. 10. 2008**, wobei die Problematik in der verschiedenen „Belastung“ der Miteigentumsanteile (konkret: durch Vermietung) liegt.

„Der Betreibende ist mit 74/120-stel Anteilen, die Verpflichtete mit 46/120-stel Anteilen Miteigentümer der im Exekutionsverfahren nach § 352 EO versteigerten und am 4. September 2007 einem Ersteher um das Meistbot von 201.000 EUR zugeschlagenen Liegenschaft samt Haus. In Ansehung von drei Wohnungen stand dem Betreibenden das Nutzungsrecht zu. Er vermietete die Wohnungen mit dem MRG unterliegenden Mietverträgen auf unbestimmte Zeit. Der Verkehrswert der Liegenschaft beträgt unter Berücksichtigung der dem Kündigungsschutz unterliegenden Mietverhältnisse 118.800 EUR, ohne diese Belastung aber 286.800 EUR. In der Meistbotsverteilungstagsatzung konnten sich die Parteien über die Verteilung des Meistbotes nicht einigen. [...]

2. Zu dinglichen Belastungen eines Miteigentumsanteils wurde schon ausgesprochen, dass die Bewertung der Belastungen nach den Umständen des Einzelfalls, jedenfalls aber nach den Bestimmungen des Liegenschaftsbewertungsgesetzes zu erfolgen hat und dass bei Leibrenten und Fruchtgenussrechten auch ‚versicherungsmathematische Berechnungen zur Lebenserwartung des Berechtigten anzustellen sind‘ (9 Ob 37/02k unter Zitierung der Vorentscheidung 3 Ob 349/59). Aus beiden Entscheidungen wird für die Ermittlung der Höhe des Wertausgleichs der Rechtssatz abgeleitet, dass bei ungleicher Belastung der Miteigentumsanteile dem Versteigerungserlös zunächst der Wert der Last zuzuschlagen ist, sodann dem Verpflichteten aus dem Erlös entsprechend seinem unbelasteten Miteigentumsanteil von dem so errechneten Betrag sein Anteil zuzuweisen ist, während der Rest dem Miteigentümer zufällt, dessen Anteil belastet ist (RIS-Justiz RS0004605). Dieser Berechnungsmethode folgte das Berufungsgericht. [...]

3. a) Der Wert der Belastung ist vom Sachverständigen nach dem im Liegenschaftsbewertungsgesetz, BGBl 1992/150 (LBG), angeführten Wertermittlungsverfahren zu ermitteln. Dort sind Erwägungen über die Dauer der Belastung von Relevanz, nicht jedoch hier, wo die Wertdifferenz zwischen dem Wert der Liegenschaft mit und ohne Belastung ohnehin unstrittig feststeht. [...]

Und eine letzte Entscheidung unter dem Kapitel „Bewertung“ soll an eine Diskussion anschließen, die wir im Vorjahr in der Abteilung „Brainstorming“ geführt haben: **4 Ob 196/08i vom 18. 11. 2008**. Es geht um die „Unwirtschaftlichkeit“ von Verbesserungsarbeiten, hier bei einer Vermietung außerhalb des Vollarwendungsbereiches des MRG. Als Besonderheit des Falles mag noch berichtet werden, dass der nunmehr klagende Mieter das Haus seinerzeit selbst errichtet und später an den nunmehrigen Beklagten veräußert hatte.

„Der klagende Mieter begehrte [...], den beklagten Vermieter schuldig zu erkennen, die Durchfeuchtung und Verschimmelung der Mauern in der Erdgeschoßwohnung zu beseitigen und diese trockenenzulegen.

Der Beklagte wendete ein, die von ihm begehrten Investitionen seien im Hinblick auf den geringen Mietzins unerschwinglich und in wirtschaftlicher Hinsicht unmöglich; der nach Abzug der Betriebskosten verbleibende monatliche Nettomietzins reiche nicht aus, um die monatlichen Raten im Falle einer notwendigen Kreditfinanzierung zu bezahlen. [...]

Um die aufgrund der baulichen Gegebenheiten eingetretenen Feuchtigkeits- und Schimmelbildungen in der Erdgeschoßwohnung einerseits zu beseitigen, andererseits eine für die Zukunft nachhaltige Trockenlegung zu gewährleisten, sind folgende dringliche und unmittelbar anstehende Instandsetzungs- und Erhaltungsarbeiten notwendig: a) Herstellung einer fachgerechten Bauwerksabdichtung (lot- und waagrecht) an den Außenwänden und der tragenden Innenwand zwischen Schlaf- und Wohnzimmer im erdberührenden Bereich der Erdgeschoßwohnung (Kostenaufwand 16.560 EUR inkl USt), b) Anbringung einer Wärmedämmung an der ostseitigen Außenwand im Sockelbereich (Kostenaufwand 7.800 EUR inkl USt), c) Neuherstellung der Abdichtung der südseitigen Terrasse (Kostenaufwand 12.600 EUR inkl USt). [...]

Der Kläger bekämpft die Auffassung des Berufungsgerichts, die dringend notwendigen Sanierungsarbeiten seien angesichts des niedrigen Mietzinses für den Vermieter unwirtschaftlich; zu berücksichtigen sei vielmehr, dass der Verkehrswert der Liegenschaft nach Durchführung der beantragten Erhaltungsarbeiten steige. [...]

1.2. Der Bestandgeber schuldet gemäß § 1096 ABGB nach Übergabe des Bestandobjekts dessen Erhaltung im vertraglich bedungenen Zustand, mangels diesbezüglicher Abrede in einem brauchbaren Zustand, der sich nach dem vereinbarten Verwendungszweck richtet und mittlerer Art und Güte sein muss (Iro in *KBB*², § 1096 Rz 1 mwN).

1.3. Diese Erhaltungspflicht des Vermieters findet ihre Grenze nach herrschender Ansicht in der Möglichkeit und Erschwinglichkeit der Arbeiten, weiters in der Unwirtschaftlichkeit der erforderlichen Maßnahmen, insbesondere im Falle der wirtschaftlichen Abbruchreife (*Binder* in *Schwimmann*, ABGB³, § 1096 Rz 76; Iro, aaO, Rz 4; *Würth* in *Rummel*, ABGB³, § 1096 Rz 6 – je mwN; 5 Ob 1098/92; vgl RIS-Justiz RS0021278, RS0020813). Ein unwirtschaftliches Verhalten des Hauseigentümers kann nicht verlangt werden (RIS-Justiz RS0024674).

2.1. Die Wirtschaftlichkeit von Erhaltungsarbeiten, die der Vermieter im Rahmen der ihn treffenden Gewährleistungspflichten nach § 1096 ABGB zu leisten hat, ist nach einem objektiven Maßstab anhand der Umstände des konkreten Bestandverhältnisses zu beurteilen; in den Personen der Vertragsparteien liegende subjektive Umstände (wie zB deren Einkommens- oder Vermögensverhältnisse) bleiben außer Betracht.

2.2. Nur dann liegt eine rechtlich als Unmöglichkeit zu wertende Unerschwinglichkeit der dem Vermieter obliegenden Leistung (Erhaltung des Bestandobjekts in vereinbartem/brauchbarem Zustand) vor, wenn der zur Bewirkung der Leistung notwendige Aufwand in keinem Verhältnis zum Wert der Leistung steht, sodass der Aufwand schon objektiv als unvernünftig, weil wirtschaftlich sinnlos, zu beurteilen ist (*Reischauer* in *Rummel*, ABGB³, § 920 Rz 4 unter Hinweis auf *Pisko/Gschnitzer* in *Klang*² VI, 542; 8 Ob 102/63 = EvBl 1963/401; RIS-Justiz RS0034063, RS0034088). Kein Missverhältnis besteht etwa dann, wenn zur Erfüllung des Mietvertrags ein Dachgeschoß in bestimmter Weise auszubauen ist und die Wertsteigerung den Aufwand übertrifft (5 Ob 109/71 = SZ 44/77).

2.3. Das Alter oder der Zeitwert eines Hauses für sich allein sagen über die Wirtschaftlichkeit von Erhaltungsarbeiten nichts aus, weil es auch darauf ankommt, ob die Kosten der Erhaltungsarbeiten im (voraussichtlichen) Wert des wiederinstandgesetzten Hauses Deckung (5 Ob 1098/92 in RIS-Justiz RS0069883) oder zumindest weitgehend Deckung finden. Es ist

für die aufgeworfene Frage deshalb im Fall einer erforderlichen Kreditfinanzierung der Erhaltungsarbeiten zur Beseitigung eines für den Mieter gesundheitsgefährdenden Zustands des Bestandobjekts auch nicht von Bedeutung, ob der zur Verfügung stehende Mietzins die Finanzierung der zu erwartenden monatlichen Kreditraten bei einer angemessenen Laufzeit des Kredits ermöglicht. [...]"

3. Zur Haftung des Sachverständigen

Unter dieser Überschrift ist zunächst zu berichten, dass die Entscheidung **8 Ob 69/08t vom 10. 7. 2008** neuerlich gegen die zitierte, wohl überwiegende Lehre an der Ansicht festgehalten hat, dass der Sachverständige (hier: im Strafverfahren) nicht Organ im Sinne des AHG sei und daher persönlich direkt der Prozesspartei hafte. Immerhin komme ebenfalls nach ständiger Rechtsprechung eine Haftung nicht in Betracht, solange das verurteilende Erkenntnis aufrecht sei. Das gelte auch für ein Gutachten, das eine derzeit noch aufrechte Untersuchungshaft stütze.

Die Entscheidung **8 Ob 51/08w vom 10. 7. 2008** betrifft die Klage eines Kfz-Werkstattunternehmers gegen den von der Versicherung des Schädigers beauftragten Sachverständigen. Dieser hatte in seinem Gutachten nämlich festgestellt, der nunmehrige Kläger habe eine von ihm in Rechnung gestellte Tür nur repariert und nicht ausgetauscht, was ihm schließlich eine Betrugsanzeige einbrachte. Er begehrt jetzt die Kosten seiner Strafverteidigung, nachdem das Strafgericht ihn freigesprochen hat. Der Beklagte habe nämlich nicht einmal eine – in solchen Fällen übliche – Lack-schichtmessung durchgeführt, die die Unschuld des Unternehmers erwiesen hätte. Es war nämlich für eine solche Messung im Freien zu kalt. Der OGH verneint die Haftung dem Grunde nach. Unser Beklagter habe nämlich allein die Interessen der ihn beauftragenden Versicherung an der Richtigkeit der Abrechnung wahrgenommen, nicht aber die des Beklagten. Der Fall werde daher von der Rechtsprechung, die auch Dritte in den Schutzbereich des Vertrages mit dem Sachverständigen einbeziehe, nicht erfasst.

„Dass der Beklagte bei Erstellung des Gutachtens damit habe rechnen müssen, dass der Vorwurf, der Kläger habe die Beifahrtür nicht erneuert, zu strafrechtlichen Konsequenzen führen werde – welchem Umstand die Vorinstanzen entscheidende Bedeutung beimaßen –, reicht selbst bei Unterstellung der Richtigkeit dieser Annahme nicht aus, eine Haftung des Beklagten zu begründen, weil – anders als in der Entscheidung 5 Ob 18/00h – der Zweck des dem beklagten Sachverständigen erteilten Gutachtensauftrags gerade nicht darin lag, in einem der materiellen Wahrheitserforschung dienenden Strafverfahren einen Tatverdacht zu be- oder widerlegen. Der Hinweis des Berufungsgerichts auf ‚absolute Persönlichkeitsrechte‘ des Klägers, die verletzt werden sein sollen (‚Ehre und Ruf‘), lässt außer Acht, dass selbst derjenige, der unmittelbar eine Strafanzeige einbringt, nur dann zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn er eine Beschuldigung wider besseres Wissen erhob (RIS-Justiz RS0031957; 6 Ob 226/05m). Auf eine vom Berufungsgericht ebenfalls ins Treffen geführte Verletzung seines wirtschaftlichen Rufes hat der Kläger im Übrigen sein Klagebegehren auch nicht gestützt.“

Es ist dies eine – meines Erachtens zustimmungswürdige – Entscheidung, die tendenziell einmal wieder ein wenig

zurückführt zu den allgemeinen Grundsätzen der Vertragshaftung, wonach jedermann zunächst einmal nur seinem Vertragspartner für Fehler haftet und ansonsten eine Haftung für bloße Vermögensschäden Dritter einer besonderen gesetzlichen Begründung bedarf.

Haftungsfrei blieb auch der Sachverständige in der Entscheidung **9 Ob 43/08a vom 25. 11. 2008**, der in einem für die nun klagende Versicherung erstatteten Gutachten festgestellt hatte, ein Unfallbeteiligter sei aller Wahrscheinlichkeit nach nicht angeschnallt gewesen, während in der Folge ein Gerichtssachverständiger zum gegenteiligen Ergebnis kam. Da unser Beklagter nie den Eindruck eines völlig sicheren Ergebnisses erweckt habe und ihm auch kein Kunstfehler nachzuweisen sei, sei eine vorwerfbare Irreführung der Auftraggeberin nicht vorgelegen.

Auf der Linie der ständigen Rechtsprechung liegt die Entscheidung **2 Ob 180/08x vom 30. 10. 2008 (SV 2009, 33 ff mit Anm Krammer)**, wonach ein Sachverständiger einer Prozesspartei für die Kosten eines falschen Gutachtens haftet, auch wenn in der Folge das Urteil nach einem Richterwechsel auf der Basis eines neuen Gutachtens erging. Es nützt dem Beklagten auch nichts, dass zunächst seine Gebühren einvernehmlich und rechtskräftig festgesetzt worden waren:

„Die Argumentation der Revision, dass eine Schadenersatzpflicht des Beklagten schon deshalb entfalle, weil im Vorprozess seine Gebühren einvernehmlich und rechtskräftig bestimmt und ausbezahlt worden seien, kann nicht geteilt werden:

Nach den maßgebenden Vorschriften des GebAG 1975 sind die Gebühren nach Abschluss der gutachterlichen Tätigkeit zu bestimmen (§ 38 Abs 1, § 39 GebAG 1975). Eine Einschränkung für den Zuspruch von Gebühren enthält § 25 GebAG idF der Novelle 1994, BGBl 1994/623. Nach dessen Absatz 3 hat der Sachverständige dann, wenn die Tätigkeit aus seinem Verschulden unvollendet geblieben ist, keinen oder nur einen Anspruch auf die seiner unvollendeten Tätigkeit entsprechende Gebühr. Hat der Sachverständige aus seinem Verschulden ua sein Gutachten so mangelhaft abgefasst, dass es nur deshalb einer Erörterung bedarf, ist die Gebühr für Mühewaltung nach richterlichem Ermessen um insgesamt bis zu einem Viertel zu mindern. Das Ziel dieser GebAG-Novelle war es, die Gebühren des Sachverständigen ua dann mindern zu können, wenn dieser die Erörterungsbedürftigkeit seines Gutachtens zu vertreten hat. Die inhaltliche Richtigkeit des Gutachtens sollte dagegen im Gebührenbestimmungsverfahren auch nach der GebAG-Novelle 1994, der ständigen Rechtsprechung der Rekursgerichte zur Rechtslage davor entsprechend, nicht geprüft werden (3 Ob 284/01p mwN). Die inhaltliche Richtigkeit des Gutachtens ist somit grundsätzlich nicht Voraussetzung des Gebührenanspruchs. Im Rahmen des Gebührenanspruchsverfahrens und der Gebührenbemessung ist sie nur insofern zu berücksichtigen, als ein völlig unbrauchbares Gutachten keinen Gebührenanspruch nach sich zieht, weil es nicht als Erfüllung des gerichtlichen Auftrags anzusehen ist. Im Übrigen werden im Rahmen des Gebührenbemessungsverfahrens aber Schlüssigkeit, Beweiskraft, Tunlichkeit und Nachvollziehbarkeit des Gutachtens nicht beurteilt und daher auch von der Rechtskraft einer Entscheidung nach dem GebAG nicht erfasst und können daher in einem nachfolgenden Schadenersatzprozess überprüft werden. [...]"

4. Varia

Die ersten drei Entscheidungen dieses Kapitels haben das Stichwort „Beweissicherungsverfahren“ gemeinsam: **7 Ob 121/08g vom 11. 6. 2008 (SV 2008, 146 ff)** betrifft die Ablehnung eines Sachverständigen wegen Befangenheit in einem solchen Verfahren, das einem (möglichen, künftigen) Rechtsstreit vorausging. Die Bestimmung des § 366 Abs 1 ZPO, wonach gegen den Beschluss, mit dem die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen wird, ein absonderliches Rechtsmittel nicht stattfindet, könne im Beweissicherungsverfahren nicht angewendet werden, da die Bestimmung des § 515 ZPO, die die Partei insofern auf die nächste anfechtbare Entscheidung verweist, mangels eines notwendigerweise folgenden Hauptverfahrens oft ins Leere gehe und zudem die Gefahr des Verlustes von Beweismitteln bestehe. Das Beweissicherungsverfahren sei daher als selbständiges Verfahren anzusehen, die Ablehnung des Befangenheitseinwandes also gesondert bekämpfbar. Das ist überzeugend.

In **1 Ob 116/08b vom 11. 8. 2008 (SV 2008, 38 f)** und in **9 Ob 47/08i vom 20. 8. 2008** ging es auch um die Unanfechtbarkeit von Beschlüssen im Beweissicherungsverfahren (§ 386 Abs 4 ZPO); beide Fälle betreffen offenbar das gleiche Haus, wenn auch verschiedene Mieter. Hier hatten die Eigentümer die Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Erörterung seines Befundes beantragt, was das Erstgericht zurückgewiesen hatte. Rekurs und Revisionsrekurs geben den Eigentümern formal recht: Der Beschluss sei anfechtbar; auch inhaltlich habe das Erstgericht dem Begehren der Eigentümer stattzugeben:

„Das Rekursgericht hat daher den Rekurs gegen die hier angefochtene erstgerichtliche Entscheidung zu Recht als zulässig betrachtet. Nach § 357 Abs 1 ZPO kann das Gericht auch die schriftliche Begutachtung anordnen. In diesem Fall ist der Sachverständige nach § 357 Abs 2 ZPO verpflichtet, auf Verlangen über das schriftliche Gutachten mündliche Aufklärungen zu geben oder dieses bei der mündlichen Verhandlung zu erläutern. In sinngemäßer Anwendung dieser Bestimmung haben auch im Beweissicherungsverfahren die Parteien das Recht, zu verlangen, dass der Sachverständige seinen schriftlichen Befund mündlich vor dem Gericht erläutert (*Rassi in Fasching/Konecny*, § 387 Rz 2). [...]

Der Antrag, den Sachverständigen zur mündlichen Erörterung seines schriftlichen Gutachtens (hier: Befunds) zu laden, muss die konkreten Fragen, die der Antragsteller dem Sachverständigen zu stellen beabsichtigt, nicht enthalten. In Lehre und Rechtsprechung wurde aber gefordert, dass der Antrag nicht völlig unbegründet sein darf, sondern Angaben darüber enthalten muss, welche Aufklärungen bzw Erläuterungen des schriftlichen Sachverständigengutachtens gewünscht werden (6 Ob 245/07h unter Hinweis auf *Rechberger in Konecny/Fasching*², § 357 Rz 4). Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass ein unbegründeter Antrag sofort zurückgewiesen werden kann. Vielmehr hat das Gericht einen solchen Antrag – so es ihm nicht ohnedies folgen will – zur Verbesserung zurückzustellen. Erst wenn ein solcher Verbesserungsauftrag erfolglos bleibt, kommt die Zurückweisung des Antrags in Betracht.

Damit erweisen sich die Aufhebung des erstgerichtlichen Zurückweisungsbeschlusses durch das Rekursgericht und der Auftrag an das Erstgericht, das Beweissicherungsverfahren fortzusetzen, als berechtigt.“

Die beiden Entscheidungen sind wörtlich gleichlautend (und sicher richtig).

Die Entscheidung **10 ObS 146/08f vom 25. 11. 2008** wiederholt die ständige Judikatur zur Revisibilität:

„Das Berufungsgericht hat sich mit der behaupteten Widersprüchlichkeit oder Unschlüssigkeit von Sachverständigengutachten auseinandergesetzt und diese verneint. Die Frage, ob ein Sachverständigengutachten schlüssig und nachvollziehbar ist, gehört zur Beweiswürdigung und kann im Revisionsverfahren nicht überprüft werden (RIS-Justiz RS0043320 [T12]). Die Anfechtung der Ergebnisse von Sachverständigengutachten mit Revision ist nur insoweit möglich, als dabei ein Verstoß gegen zwingende Denkgesetze oder zwingende Gesetze des sprachlichen Ausdrucks unterlaufen ist (RIS-Justiz RS0043404).“

Auch dazu ist nichts Kritisches zu bemerken.

In der Entscheidung **7 Ob 51/08p vom 9. 7. 2008** wollte ein Versicherter einen von seiner Betriebsunterbrechungsversicherung benannten psychiatrischen Sachverständigen, mit dem er schon einmal schlechte Erfahrungen gemacht hatte (der hatte ihm nämlich mündlich erklärt, das Gutachten sei für ihn positiv, und dann schriftlich das Gegenteil geäußert), nicht akzeptieren; er ging daher nicht zum Befundtermin, worauf die Versicherung Obliegenheitsverletzung einwendet und nicht zahlt. Der OGH entscheidet salomonisch: Die Obliegenheitsverletzung liege zwar vor, sei aber angesichts der besonderen Umstände nur leicht fahrlässig und schließe daher die Leistungspflicht nicht aus.

Und als Letztes eine Erbhofangelegenheit: **6 Ob 62/08y vom 8. 5 2008**. Die Ablehnung der Erbhofeigenschaft wegen mangelnder Ertragskraft im gerichtlichen Verfahren ging auf zwei Sachverständigengutachten zurück, die im Verlassenschaftsverfahren schon der Gerichtskommissär in Auftrag gegeben hatte. Die Witwe hatte sich zunächst mit den beiden Sachverständigen ausdrücklich für einverstanden erklärt; die beiden Gutachter wurden im gerichtlichen Verfahren dann nicht mehr gehört, vielmehr die Gutachten zum Akt genommen und auch inhaltlich eingehend erörtert. Das sei, so der OGH, zweifelsfrei kein Aufhebungs- oder gar Nichtigkeitsgrund. Kein Widerspruch meinerseits.

Korrespondenz:
o. Univ.-Prof. Dr. Peter Rummel
Institut für Zivilrecht
an der Johannes Kepler Universität Linz
4040 Linz, Altenberger Straße 69