

Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2010*

Neben den wichtigsten Judikaten der Höchstgerichte, vor allem des OGH zu Enteignungs-, Bewertungs- und Haftungsfragen wird über mögliche neue Aufgaben für Sachverständige berichtet.

1. Enteignung

Die Entscheidung **OGH 4. 8. 2009, 9 Ob 74/08k („Tunnelservitut/zulässige Bewertungsmethode“)** widmet sich zwei wesentlichen Fragen iZm der Entschädigung für die Einräumung einer Zwangsservitut für einen Eisenbahntunnel (686 m² Servitutstreifen für dauerhafte Tunnelbenutzung). Zunächst beschäftigt sich der OGH mit der zulässigen **Bewertungsmethode** zur Festlegung der Entschädigung. Weiters bestimmt er, ab welchem Zeitpunkt die Jahresrente als Entschädigung für eine **temporäre Servitut** (hier für Bauarbeiten) zu leisten sei.

Es geht zum einen um eine Servitut der vorübergehenden Inanspruchnahme zur Duldung der vorübergehenden Inanspruchnahme während der Errichtung einer Eisenbahntunnelanlage für unterirdische Bauarbeiten und zum anderen um eine Tunnelservitut (ohne Bauverbot) auf Dauer zur Duldung der Einrichtung, des Bestands und des Betriebs einer unterirdischen Eisenbahntunnelanlage. Der Antragsteller ist Eigentümer von 81/550stel Anteilen der betroffenen Liegenschaft. Der Bescheid über die zwangsweise Servituteinräumung der zuständigen Behörde vom 12. 8. 2005 erwuchs hinsichtlich der Enteignungsverfügung der Servituteinräumung, nicht aber hinsichtlich der Entschädigung am 26. 8. 2005 in Rechtskraft. Der Sachverständige errechnete durch prozentuelle Abwertung des durch die Servituten in Anspruch genommenen Grundstücksstreifens die Entschädigung für die Permanentervitut und die Jahresrente als Entschädigung für die Dauer der vorübergehenden Servitut. Das Erstgericht setzte den Beginn der Jahresrente mit **„dem Zeitpunkt der Bereitstellung der vorübergehenden Servitut“** fest.

Dazu sprach der **OGH** Folgendes aus:

„Der Antragsteller wiederholt in seinem Revisionsrekurs sein schon in den Vorinstanzen vorgebrachtes Argument,

* Überarbeitete Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 25. 4. 2010 beim Brandlhof-Seminar gehalten hat. – Der Autor widmet den Beitrag em. o. Univ.-Prof. Dr. *Peter Rummel*, der viele Jahre hindurch die wissenschaftliche Leitung des Brandlhof-Seminars innehatte. Für die wertvollen Vorarbeiten danke ich meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin Mag^a. *Katharina Sagerer* sehr herzlich.

dass nicht nur hinsichtlich des Grundwerts der in Anspruch genommenen Servitutsfläche, sondern auch hinsichtlich der – von der Servitut nicht unmittelbar betroffenen – Hausfläche, somit auch hinsichtlich der Eigentumswohnung des Antragstellers, eine Wertminderung zu berücksichtigen sei. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Die Auswahl der Methode zur Ermittlung des Verkehrswerts, wofür gem § 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 Einzelfalls gerecht wird (2 Ob 282/05t mwN). Gem § 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 (2 Ob 282/05t mwN). § 3 Abs 1 LBG enthält somit keine abschließende Aufzählung der zulässigen Bewertungsverfahren (RIS-Justiz RS0109006). ...

Im vorliegenden Fall hat der Sachverständige seine Prämissen klar aufgezeigt und darauf hingewiesen, dass mangels Vergleichswerten für Grundstücke bzw Wohnungen ohne Untertunnelungen im Verhältnis zu solchen mit Untertunnelungen die durch das LBG vorgegebenen Bewertungsmethoden keine Schlussfolgerungen mit der für das vorliegende Verfahren notwendigen Sicherheit zulassen; **die von ihm gewählte Methode, auf die üblicherweise im Wiener U-Bahn-Bau erfolgten Entschädigungen zurückzugreifen** (die als prozentueller Abschlag vom Wert der tatsächlich in Anspruch genommenen Grundstücksfläche erfolgen), widerspricht daher weder den Gesetzen der Logik, noch beruht sie auf den mit der Erfahrung unvereinbaren Schlussfolgerungen“ (eigene Hervorhebungen).

Zum Zeitpunkt für den Beginn der Jahresrente führt der OGH aus:

„Maßgeblicher Zeitpunkt für die Entschädigung ist nach nunmehr einhelliger Rechtsprechung der Ablauf der Rechtsmittelfrist des Enteignungsbescheids, das heißt dessen Rechtskraft (RIS-Justiz RS0085888). Wenngleich denkbar wäre, dass die nach § 8 Abs 1 EISBEG vorgesehene Rente für vorübergehende Zwangsservituten auch erst später, etwa mit dem Zeitpunkt der tatsächlichen Inanspruchnahme einsetzen könnte, so können derartige Erwägungen im vorliegenden Fall auf sich beruhen: Der Enteignungsbescheid differenziert nämlich nicht zwischen Be-

ginn der dauernden und dem der nur temporären Servitut ... Damit besteht aber auch keine Veranlassung von der vorgenannten Judikatur abzuweichen, wonach der maßgebliche Zeitpunkt derjenige des Eintritts der Rechtskraft des Enteignungsbescheides ist“ (ähnlich auch **OGH 18. 12. 2009, 6 Ob 171/09d**; vgl die Wiedergabe dieser Entscheidung im vorliegenden Heft SV 2010/3, 151).

Anmerkung:

- Zur Wahl der Bewertungsmethode ist der Entscheidung des OGH grundsätzlich zuzustimmen, die ja den Vorbehalt anderer gerichtlicher Bestimmung enthält. Das Gericht bzw die Verwaltungsbehörde kann bzw mE muss eine andere Methode heranziehen, soweit sich aus dem Gesetz (auch Normzweck!) der Vorrang einer bestimmten Methode ergibt. Die Bewertungsmethoden sind sicher nicht taxativ aufgezählt, nur müssen andere Methoden eben **gleichwertig** sein. Fraglich ist im vorliegenden Fall nur, ob es allein um die Methode geht. ME ist es eine **Rechtsfrage**, ob auch der merkantile Minderwert des Restgrundes zu entschädigen ist.
- Dass die Jahresrente ab Rechtskraft des Enteignungsbescheides zu zahlen sein wird, ist mE wohl zutreffend. Ab diesem Zeitpunkt ist der Eigentümer ja bereits in seiner freien Verfügbarkeit beschränkt. Nur hat das aber gar nichts mit den Wertermittlungszeitpunkten zu tun. Für den Zeitpunkt der Bemessung der Entschädigung (Qualitätsbestimmung) wäre – entgegen dem OGH – richtigerweise auf den Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Tatsachenverhandlung abzustellen.

Die Entscheidung **OGH 10. 2. 2009, 5 Ob 234/08k** („**Grundstücksteilung**“), erging zu **Grundabtretungen**, wie sie in § 3 Kärntner Grundstücksteilungsgesetz (K-GTG) vorgesehen sind. Nach § 3 K-GTG darf die Genehmigung der Teilung eines Grundstücks unter der Auflage erteilt werden, dass der Grundstückseigentümer Grundflächen unentgeltlich an die Gemeinde übereignet. Ein solcher Bescheid gem § 3 K-GTG sei als Enteignungsbescheid zu beurteilen und damit eine nach § 33 Abs 1 lit d GBG geeignete Eintragungsgrundlage. Wenn die grundbücherliche Eintragung vom Enteigneten selbst beantragt werde, bedürfe es keines urkundlichen Belegs des Vollzugs der Enteignung. Der Enteignungsbescheid müsse aber jedenfalls rechtskräftig sein.

Anmerkung: Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen, insbesondere auch dem Hinweis des OGH, dass der originäre Eigentumserwerb vom Besitzerwerb und nicht von der Leistung der Entschädigungssumme abhängt.¹

Im Erkenntnis **VwGH 23. 9. 2009, 2006/03/0105** („**Aufhebung des Enteignungsbescheides**“) hatte sich der VwGH mit § 37 EisbEG (aF vor Novelle BGBl I 2003/112) zu beschäftigen. Danach war der Enteignete nach Ablauf eines Jahres nach Eintritt der Rechtskraft des Enteignungsbescheides berechtigt, die Aufhebung des Enteignungsbe-

scheides zu begehren, solange die Enteignung noch nicht vollzogen oder die Entschädigung noch nicht gerichtlich festgestellt wurde. Da die Rechtslage wohl insoweit durch die Novelle überholt ist, zumindest überholt sein sollte (dazu unten in der Anmerkung), mögen nur kurze Hinweise erfolgen. Mit Schriftsatz vom 17. 6. 2004 beehrte der Beschwerdeführer unter Berufung auf § 37 EisbEG die Aufhebung der Enteignung; zu diesem Zeitpunkt war weder die Höhe der Enteignungsentschädigung festgesetzt noch die Enteignung tatsächlich vollzogen.

Mit 19. 7. 2004 erfolgte die Festsetzung der Enteignungsentschädigung. Mit Bescheid vom 5. 8. 2004 wurde der Antrag des Beschwerdeführers gem § 37 EisbEG abgewiesen. Mit 13. 8. 2004 wurde die Enteignung durch Besitzeinweisung tatsächlich vollzogen.

Der Beschwerdeführer beruft sich darauf, dass der Zeitpunkt der Antragstellung (17. 6. 2004) der maßgebliche Zeitpunkt sei. Dieser Auffassung schloss sich der VwGH nicht an. Die Argumentation des Beschwerdeführers laufe darauf hinaus, dass es der Behörde verwehrt wäre, nach Antragstellung auf Aufhebung der Enteignung diese zu vollziehen. Dafür biete das Gesetz aber keinen Anhaltspunkt. Es könne schwerlich unterstellt werden, das Gesetz bezwecke, ein rechtskräftig abgeschlossenes Enteignungsverfahren, das – zwar nach Einbringung eines Aufhebungsantrages, aber noch vor Entscheidung darüber – in den Vollzug der Enteignung samt Errichtung des bewilligten Bauwerks gemündet hat, zunächst wieder aufheben lassen zu wollen, um dann wieder mit dem Enteignungsverfahren von vorne beginnen zu müssen. Die Aufhebung des Enteignungsbescheides ändere zudem ja auch nichts am Bestand der Bau- und Betriebsbewilligung und hindere auch nicht die Einbringung eines neuerlichen Enteignungsantrages.

Anmerkung: ME ist diese Argumentation des VwGH bereits de lege lata keinesfalls zwingend und kann zur neuen Fassung (drei Jahre bei fehlender Fristsetzung, in Kraft seit 1. 1. 2005) nicht mehr vertreten werden.

Im Fall der Entscheidung **OGH 29. 9. 2009, 8 Ob 35/09v** („**Natura 2000**“),² beehrte die Antragstellerin vom Land Steiermark eine jährliche Entschädigung von € 1.779.455,- und eine einmalige Entschädigung von € 941.605,-. Die Antragstellerin ist Eigentümerin von mehr als 300 Grundstücken mit einem Flächenausmaß von 3.700 ha in zwei Gebieten, die mittels Verordnung der Stmk LReg vom 3. 4. 2006 bzw 29. 5. 2006 gestützt auf § 13a Abs 1 Stmk NSchG zu Europaschutzgebieten („Natura 2000“) erklärt wurden.

Die Antragstellerin nennt folgende Beschränkungen, die sie nun durch die beiden Verordnungen träfen:

- keine Verdichtung des Wegenetzes mehr,
- kein traditioneller Kahlschlag mehr,

- Beschränkung des traditionellen Nadelholzbaus,
- Beschränkung der Jagdwirtschaft.

Nach § 25 Abs 1 lit a Stmk NSchG hat gegenüber dem Land Steiermark Anspruch auf eine Entschädigung, wer „durch Auswirkungen einer Verordnung oder eines Bescheides nach den §§ 5, 6, 11 und 13a gehindert wird, sein Grundstück oder seine Anlage auf die Art und in dem Umfang zu nutzen, wie er zur Zeit der Einleitung des Verfahrens berechtigt ist und dadurch eine erhebliche Minderung des Ertrages **oder eine nachhaltige Erschwerung der Wirtschaftsführung oder einen sonstigen erheblichen Vermögensnachteil erleidet**“ (eigene Hervorhebung).

Der OGH wies den Antrag auf Entschädigung ab:

„Eine unmittelbare Beeinträchtigung der Nutzung von in einem Europaschutzgebiet erfassten Liegenschaften wird allein durch die Einbeziehung ins Europaschutzgebiet ohne **Festlegung von konkreten Ge- und Verboten** in einer abgrenzbaren Weise nicht bewirkt“ (eigene Hervorhebung).

Anmerkung: Die Entscheidung dient zwar den Länderbudgets, nicht aber der Rechtsdogmatik und wohl auch nicht den Zwecken von Natura 2000.³ Sie ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung falsch. Das **Verschlechterungsverbot** und die damit verbundenen Nutzungsbeschränkungen in Natura-2000-Gebieten resultieren schon aus den europarechtlichen Richtlinien (etwa Art 6 Abs 2 FFH-RL). Erst recht sind diese Wirkungen durch eine nationale Schutzgebietsverordnung gegeben. Bestimmte Nutzungen sind bereits mit der räumlichen Umgrenzung nicht mehr möglich, und zwar unabhängig davon, welche Erhaltungsmaßnahmen und Bewirtschaftungsformen eventuell danach vereinbart werden.⁴ Bestimmte Projekte können nur mehr nach behördlicher Genehmigung nach Durchführung einer Naturverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden.

Zur Frage der Abgeltung potentieller Nutzungsmöglichkeiten und der Verkehrswertminderung führt der OGH aus:

„§ 25 NaturschutzG stellt einerseits nicht auf die konkrete Nutzung, sondern auf die Möglichkeiten dazu ab, verlangt aber andererseits eine konkrete Nutzungseinschränkung des Grundstücks.

Soweit die Antragstellerin im Ergebnis offenbar vermeint, dass allein aus der negativen Einschätzung der Einbeziehung am ‚Grundstücksmarkt‘ und der daraus sich ergebenden Verkehrswertminderung schon ein Entschädigungsanspruch ableitbar wäre, entfernt sie sich vom Wortlaut der Bestimmung, die eben auf die konkrete Nutzung abstellt.

Allein die Möglichkeit, eine Liegenschaft zu verkaufen oder diese hypothekarisch zu belasten, stellt noch keine ‚Nutzung‘ im Sinne der Bestimmung des § 25 NSchG dar, wird doch hierin auf ‚die Art und den Umfang‘ der Nutzung des

Grundstücks samt Anlagen und die ‚Berechtigung‘ hiezu vor der Erlassung der Verordnungen abgestellt und erst im zweiten Schritt auf die dadurch bewirkte Vermögensbeeinträchtigung, die sich auch im Wert der Grundstücke und der Verkaufsmöglichkeit widerspiegelt (vgl zum Begriff der Nutzung auch §§ 330, 505 ABGB).“

Anmerkung: Geboten ist richtigerweise ein „Vorher-nachher-Vergleich“ im Vermögensstand mit und ohne Eigentumsbeschränkung.

Anhand einer objektiv-konkreten Berechnung sind – ausgehend vom Verkehrswert – alle vermögensrechtlichen Nachteile auszugleichen. Nach dem weiten Wortlaut des § 25 Abs 1 Stmk NSchG gehört dazu auch der Entzug potenzieller Nutzungsmöglichkeiten (etwa auch die Verkaufsmöglichkeit einer Liegenschaft).

§ 25 Abs 1 Stmk NSchG umfasst außerdem die Minderung des Verkehrswertes als „sonstigen erheblichen Vermögensnachteil“. Jedenfalls dieser hätte schon mit Ausweitung des Schutzgebietes der Antragstellerin gebührt.⁵ Zur Abstützung seines Ergebnisses hat der OGH auch die **„Sonderopfertheorie“** bemüht, die bei materieller Enteignung bei (maßgeblicher) Existenzgefährdung einen Entschädigungsanspruch bewirken soll. Das übersieht Grundlegendes: Der einfache Gesetzgeber kann ohne Weiteres mehr an Entschädigung vorsehen, als dies verfassungsrechtlich geboten ist, und er tut dies auch oft.

Diese E hat nicht nur zu einer Art „Pattstellung“ geführt, sondern möglicherweise auch dem Naturschutz einen „Bärendienst“ erwiesen. Bestehen tatsächlich keine konkreten Ver- bzw Gebote, werden Eigentümer verhalten sein, noch möglichst intensiv ihre Liegenschaft zu nutzen! **Hoffentlich nur eine Einzelfallentscheidung zum Stmk NSchG!**

2. Bewertungsfragen

Im Fall der Entscheidung **OGH 1. 9. 2009, 5 Ob 166/09m („Belastungs- und Veräußerungsverbot“)** beantragt die minderjährige Antragstellerin die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung zur Einverleibung eines Belastungs- und Veräußerungsverbots auf den ihr zu einem früheren Zeitpunkt vom Vater geschenkten Wohnungseigentumsobjekten zugunsten ihres Vaters. Nach Ansicht der Antragstellerin führe die Einverleibung eines solchen Belastungs- und Veräußerungsverbots unter Berücksichtigung des Liegenschaftsbewertungsgesetzes nicht per se zu einer Vermögensverringerung, da ein solches Verbot keinen Einfluss auf die maßgeblichen Wertermittlungsmethoden (Vergleichs-, Ertrags- oder Sachwertverfahren) habe.

Der OGH sprach hierzu aus, dass Fragen der Wertermittlung in diesem Zusammenhang nicht nachgegangen werden müsse. Die Antragstellerin erkenne selbst, dass sie durch das Belastungs- und Veräußerungsverbot auf Lebenszeit des Verbotsberechtigten in ihren Dispositionsmöglichkeiten über ihre Miteigentumsanteile ganz erheb-

lich eingeschränkt sei. Diese Beschränkung lasse sich aber wohl schwerlich als eine dessen Wohl entsprechende Begünstigung erkennen.

Anmerkung: Der Entscheidung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Sie indiziert aber doch eine Wertminderung durch das Belastungs- und Veräußerungsverbot, was bei der letzten Tagung am Brandlhof allerdings heftig umstritten war.

In der Entscheidung **OGH 13. 10. 2009, 1 Ob 261/08a** („**neu für alt**“) beehrte der Kläger von der beklagten Werkunternehmerin 9.600 Euro an Schadenersatz sowie die Feststellung der Haftung des Beklagten für alle Schäden aus der zwischen 1990 und 1992 erfolgten **Herstellung eines nicht dem Stand der Technik entsprechenden Dachaufbaus** (mangelnde Frostsicherheit) bzw aus der unterlassenen Aufklärung über den nicht dem Stand der Technik entsprechenden Dachaufbau und die anschließende Neueindeckung seines Hausdaches ohne Hinterlüftung. Im Dezember 2006 hat der Kläger erstmals von der mangelnden Frostsicherheit der Dachziegel und dem fehlenden Kaldach erfahren. Die geforderten 9.600 Euro entsprechen laut einem Sachverständigengutachten den vollen Sanierungskosten (Neudeckung). Die Beklagte erhob den Einwand „neu für alt“. Dazu führt der OGH aus:

„Der Geschädigte hat nur Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens, er darf durch die Ersatzleistung weder schlechter noch besser als vor dem Schadensereignis gestellt werden.

Erfordert die Zerstörung der Sache durch das schädigende Ereignis eine Neuanschaffung, dann hat der Geschädigte grundsätzlich Anspruch auf Wiederherstellung. Wird aber als Nebeneffekt die schadhafte Sache nun in einen besseren Zustand gebracht, der dem Geschädigten objektiv in Geld bewertbare Vorteile bietet, so hat der Ersatzberechtigte dieses Mehr nach dem Grundsatz ‚neu für alt‘ abzugelten (10 Ob 31/00g).

Im vorliegenden Fall machte der Kläger zunächst Sanierungskosten von 17.299,20 Euro geltend, worin bereits ein Abzug ‚neu für alt‘ im Umfang eines Fünftels berücksichtigt war. Die Beklagte wandte ein, dass dieser Abzug deutlich zu wenig sei, da unter Zugrundelegung einer durchschnittlichen Lebensdauer eines Ziegeldaches von 30 Jahren bei einem **zumindest 15 Jahre alten Dach** jedenfalls die Hälfte der Neuerrichtungskosten unter diesem Gesichtspunkt zur Anrechnung zu bringen wäre. Die nachfolgende Klageeinschränkung auf 9.600 Euro orientierte sich an den vom Sachverständigen – ohne Abzug ‚neu für alt‘ – ermittelten Sanierungskosten.“

Da sich das Berufungsgericht mit dem Einwand ‚neu für alt‘ nicht auseinandergesetzt und die ungekürzten Sanierungskosten zugesprochen hatte, gab der OGH der Revision der Beklagten Folge. Er verwies nach Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen die Rechtssache zur Ergänzung

des Verfahrens zur Klärung der durchschnittlichen „Lebensdauer“ des Daches – allenfalls durch Ergänzung des Sachverständigengutachtens – und des daraus zu ermittelnden Abzugs „neu für alt“ an das Erstgericht zurück.

Anmerkung: Der Entscheidung ist zuzustimmen; sie löst freilich das schwierige Berechnungsproblem noch nicht. In der Sache geht es meist um die Kosten des vorzeitigen Kapitalaufwands.⁶

In **OGH 8. 9. 2009, 1 Ob 74/09b** („**Tankstelle – merkantiler Minderwert**“) macht der Kläger gegen Bestandnehmer Ersatzansprüche aufgrund der Kontaminierung seiner zum Teil vermieteten Grundstücke durch den Betrieb von Tankstellen geltend. Er beehrt den Ersatz der Wertminderung bzw der merkantilen Wertminderung und die Feststellung der Haftung der Beklagten für künftige Schäden als Resultat der bis 1999 erfolgten Schadstoffeintragungen und stützt dies auch auf die nachbarrechtliche Haftung nach § 364a ABGB.

Dazu sprach der OGH aus, dass der Ausgleichanspruch nach § 364a ABGB volle Schadloshaltung bedeute und **auch die (vom Kläger behauptete) merkantile Wertminderung** erfasse, die aufgrund der festgestellten imagedingten Einschränkungen bei einer Verwertung gegeben sei. Eine vorübergehende Minderung des objektiven Verkehrswerts wäre zwar nur dann zu ersetzen, wenn sie in einem **konkreten** Verwertungs- oder Nutzungsausfall bestehe. Eine nur vorübergehende Minderung sei aber bei einer verbleibenden Restkontamination, die den Verkehrswert/Verkaufswert wegen des Ausschlusses der Grundwassernutzung und bestimmter Tiefbaumaßnahmen reduziert, nicht anzunehmen.

Anmerkung: Der Entscheidung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Sie setzt die Judikatur zum merkantilen Minderwert bei Liegenschaften konsequent fort.⁷

In der Entscheidung **OGH 28. 9. 2009, 2 Ob 249/08v** („**Ort der Bewertung**“), geht es um **den für die Restwertermittlung eines Fahrzeuges maßgeblichen Ort**.⁸

Die beklagte Partei verschuldete in Österreich einen Verkehrsunfall, bei dem ein in Frankreich zugelassener Pkw beschädigt wurde. Dieser Pkw war im Unfallszeitpunkt bei der klagenden Partei (französische Kaskoversicherung) kaskoversichert und blieb nach dem Unfall in Österreich. Ein von der klagenden Partei zugezogener Sachverständiger ermittelte die Instandsetzungskosten mit € 45.147,22, den Wiederbeschaffungswert mit € 61.347,- und den Wert des beschädigten Pkws mit € 18.000,-. Diese Werte bezogen sich auf österreichische Marktverhältnisse. Auf Grundlage dieses Gutachtens wurde das Fahrzeug in Österreich um € 18.000,- verkauft.

Der französische Kaskoversicherer beehrte von der beklagten Partei € 43.847,-. Die Beklagte wandte dagegen ein, dass der geringe Restwert aus dem Sachverständi-

gengutachten daher rühre, dass ein französisches Fahrzeug in Österreich schwer verwertbar sei. Bei der Wertermittlung sei auf den „Heimatmarkt“ des Geschädigten (nämlich Frankreich) abzustellen. Der klagenden Partei wäre die Einholung entsprechender Angebote möglich gewesen, wodurch ein höherer Restwert erzielbar gewesen wäre. Die klagende Partei hätte ihre Schadensminderungspflicht verletzt.

Der OGH sprach hierzu Folgendes aus:

„Nach herrschender Rechtsprechung ist bei der Feststellung der Höhe des Wertersatzes **für eine bei einem Unfall im Inland beschädigte bewegliche Sache** in der Regel auf den gemeinen Wert der Sache abzustellen, den diese **am Wohnort des Geschädigten** hat. Soll doch der Geschädigte durch den Ersatz des Schätzwerts der beschädigten Sache in die Lage versetzt werden, sich ein Ersatzstück anzuschaffen (2 Ob 317/97z mwN = SZ 70/240; RIS-Justiz RS0045278). ...

Im Sinne dieser Rechtsprechung wurde etwa bei der Ermittlung des Wiederbeschaffungswerts (2 Ob 190/79 = IPRE 1, 66 [Deutschland]; 8 Ob 3/86 [Griechenland]) oder der merkantilen Wertminderung (2 Ob 317/97z [Deutschland]) in Österreich beschädigter ausländischer Fahrzeuge auf die Marktverhältnisse am Wohnort des Geschädigten abgestellt (vgl. *Ch. Huber*, Aktuelle Fragen des Sachschadens, ÖJZ 2005/12, 219). Daran ist festzuhalten (idS auch *Reischauer in Rummel*, ABGB³ II/2b, § 1332 Rz 6).

Die vorstehenden Erwägungen sind im Regelfall aber nicht nur für die Schätzung des Wiederbeschaffungswerts, sondern auch für jene des Restwerts der beschädigten Sache von Relevanz. ...

Die dargestellten, von der vermuteten Interessenlage des Geschädigten ausgehenden Grundsätze hindern aber keineswegs eine abweichende Beurteilung, wenn im konkreten Einzelfall (vgl. RIS-Justiz RS0010067) die Verwertung des beschädigten Fahrzeugs am mit dem Wohnort nicht identen Unfallort zu einem aus der Sicht des Geschädigten sachgerechteren Ergebnis führt. Vor diesem Hintergrund ist nun zu prüfen, ob sich die klagende Partei einen höheren als den tatsächlich erzielten Veräußerungserlös anrechnen lassen muss. ...“ (eigene Hervorhebung).

Der OGH hob die Urteile der Vorinstanzen in diesem Fall auf, weil Feststellungen zu dem auf dem französischen Markt erzielbaren Veräußerungserlös fehlten. Ebenso fehlten Feststellungen in Bezug auf die Transportkosten nach Frankreich und die mit der Verwertung in Frankreich verbundene Zeit und Mühe.

3. Haftung des Sachverständigen

Die Entscheidung **OGH 30. 7. 2009, 8 Ob 6/09d („Haftung für Prozesskosten/Rettungsaufwand“)** beschäftigt sich mit der **Haftung eines Sachverständigen aufgrund eines unrichtigen Gutachtens**.

Die Klägerin litt an einem Bandscheibenvorfall und unterzog sich daher einer Laserdiskektomie, die zwar lege artis erfolgte, jedoch unnötig war. Nach dieser Behandlung war eine weitere Operation erforderlich, die jedoch zu spät durchgeführt wurde. Bereits unmittelbar nach der ersten Operation war das linke Bein der Klägerin gefühllos. Dies änderte sich auch durch den zweiten Eingriff nicht. **Durch eine frühere Vornahme der zweiten Operation hätte die Gefühllosigkeit am linken Bein mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit verhindert werden können.** Die Vorgangsweise des behandelnden Arztes nach der Operation war nicht kunstgerecht. Der nunmehr Beklagte wurde im ersten Verfahren gegen den behandelnden Arzt zum Sachverständigen bestellt. Sein Ergebnis: kein Behandlungsfehler (Zuwarten mit zweiter Operation sei richtig gewesen). Das Berufungsgericht in diesem Verfahren führte aus, dass sich „alle Überlegungen zur Annahme eines Kunstfehlers bei der ersten Operation erledigt“ hätten. Ein vom Berufungsgericht (dennoch) aber für die Frage der Verspätung notwendig erachteter **neurochirurgischer Sachverständiger** stellte im Verfahren vor dem Erstgericht allerdings fest, dass die vom behandelnden Arzt empfohlene Laseroperation fachlich falsch gewesen sei. Das Erstgericht hatte die Haftung wegen der Operation rechtskräftig abgewiesen. Infolgedessen brachte die Klägerin eine Wiederaufnahmsklage ein. **Mit der nunmehrigen Klage begehrt die Klägerin vom beklagten Erstgutachter ua die Kosten des Wiederaufnahmeverfahrens, da dieser ein unrichtiges Gutachten erstattet habe.**

„Voraussetzung für die Haftung ist, dass die Unrichtigkeit des Gutachtens ausschlaggebend (kausal) für die die Prozesspartei beschwerende Entscheidung war. Dabei ist nicht zu prüfen, wie die in Frage stehende, unter Mitwirkung des Sachverständigen zustande gekommene gerichtliche Entscheidung richtig zu lauten gehabt hätte. Entscheidend für die Beurteilung der Kausalität ist allein, welchen Einfluss ein sachlich und fachlich richtiges Gutachten des Sachverständigen auf die Entscheidung gehabt hätte.“

Nach der stRsp in Amtshaftungssachen seien jene Verfahrenskosten und die damit zusammenhängenden weiteren Aufwendungen, die einer an einem behördlichen Verfahren beteiligten Person durch rechtlich nicht vertretbare Entscheidungen oder Verfahrensschritte(-Verzögerungen) erwachsen sind, als ersatzfähiger Schaden gem § 1 Abs 1 AHG anzusehen, sofern sie zur Schadensbeseitigung notwendig (adäquat) aufgewendet werden mussten.

„Diese Rechtsprechung bedarf hier aber keiner (analogen) Anwendung, weil sich die Klägerin schon in der Klage darauf berufen hat, dass das Wiederaufnahmeverfahren geboten gewesen sei, um die Aufhebung der für sie zu diesem Zeitpunkt ‚unanfechtbaren Zwischenerledigung‘ des Berufungsgerichts zu erwirken. Die Klägerin berief sich daher inhaltlich bereits im Verfahren erster Instanz auf einen ihr entstandenen Schaden, der durch einen sog ‚Rettungsaufwand‘, das ist der Aufwand, der gemacht wird, um eine Gefahr abzuwenden, entstanden sei (RIS-Justiz RS0023516).

Der Rettungsaufwand ist positiver Schaden, der nur zu ersetzen ist, wenn er zweckmäßig war, aber unter dieser Voraussetzung auch dann, wenn er ohne Erfolg geblieben ist. Als Maßstab für die Beurteilung der Zweckmäßigkeit hat das Vorgehen zu dienen, das ein ‚vernünftiger Mensch‘ bei gleicher Sachlage gewählt hätte (4 Ob 31/94 = SZ 67/35 mwH). Ein solcher Aufwand kann aber auch in der Erstattung von Rechtsverfolgungskosten liegen (SZ 43/69 = 7 Ob 40/70; Mayerhofer in *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1³, 255 FN 17), so dass es keiner Analogie zum Amtshaftungsrecht bedarf.“

Die Frage eines allfälligen Rettungsaufwands sei im Rahmen einer **Ex-ante-Betrachtung** zu beurteilen:

„Das damalige Berufungsgericht billigte ausdrücklich und abschließend die kunstgerechte Durchführung der ersten Operation der Klägerin und die dieser vorangegangene korrekte ärztliche Aufklärung als Verfahrensergebnis. Vom Berufungsgericht abschließend erledigte Streitpunkte können aber im fortgesetzten Verfahren nicht mehr aufgerollt werden; bezüglich der schon erledigten und entscheidungsreifen Sachanträge kommt ein neues Vorbringen nicht mehr in Frage. Der von der Klägerin eingeschlagene Weg der Wiederaufnahmsklage war daher grundsätzlich zulässig. Im hier konkret zu beurteilenden Fall ist die Einbringung der Wiederaufnahmsklage auch als zweckmäßig anzusehen: Die Entscheidung des damaligen Berufungsgerichts über die kunstgerechte Durchführung der ersten Operation und die ordnungsgemäße Aufklärung der Klägerin war nicht nur für das weitere Verfahren bindend, sondern darüber hinaus auch im Rechtsmittelweg in einem zweiten Rechtsgang nicht mit Aussicht auf Erfolg bekämpfbar. ...“

Die Einbringung der Wiederaufnahmsklage war daher unter den im konkreten Fall gegebenen Umständen tatsächlich das einzige zur Verfügung stehende Mittel, den Schaden, der der Klägerin aus dem (ihrer Auffassung nach) unrichtigen Gutachten drohte, abzuwehren. Die Wiederaufnahmsklage stützte sich auf die behauptete unvollständige Grundlage des im Hauptverfahren vom Beklagten erstatteten Sachverständigengutachtens, sodass sie auch nicht von vornherein als aussichtslos oder unschlüssig anzusehen war.“ Nur die Kosten für unabwendbare Verfahrenshandlungen seien zu ersetzen.

Im gegenständlichen Fall hob der OGH das Urteil des Berufungsgerichts auf und verwies die Sache an ebenjenes zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurück, da die Frage der Unrichtigkeit des Gutachtens des Beklagten noch nicht abschließend feststand.

Anmerkung: Der E ist mE grundsätzlich zuzustimmen. Auch wenn die Wiederaufnahmeklage letztlich abgewiesen worden ist, sind die Verfahrenskosten vom Gutachten verursacht worden. Den restriktiven Voraussetzungen des Ersatzes des Rettungsaufwandes ist ebenso zuzustimmen wie der Ex-ante-Beurteilung. Methodisch zumindest über-

raschend ist es, eine Rechtsprechung zum AHG „analog“ anzuwenden (vgl § 12 ABGB!).

Nach OGH 15. 10. 2009, 2 Ob 277/08m („**Haftung des Planverfassers**“) haftet der Planverfasser für den Erfolg, dass die von ihm erstellten und der Behörde vorzulegenden Pläne bauordnungskonform sind, auch hinsichtlich künftiger Schäden, sodass diese Haftung einem Feststellungsbegehren zugänglich ist. Werden nämlich Baupläne erstellt, die der baubehördlichen Bewilligung bedürfen, ist stillschweigend bedungen, dass die Pläne den öffentlich-rechtlichen Vorgaben entsprechen. Auf die Unkenntnis dieser Vorgaben kann sich der Planverfasser als Sachverständiger nach § 1299 ABGB nicht berufen.

Anmerkung: Dem Urteil ist uneingeschränkt zuzustimmen. Dem Planverfasser trifft insofern auch eine Erfolgsverbindlichkeit iSd § 1298 ABGB.

4. Varia

In der Entscheidung VwGH 23. 4. 2009, 2006/07/0159 („**Umweltbundesamt**“) wies der VwGH darauf hin, dass die Sachverständigen des Umweltbundesamtes als der Behörde zur Verfügung stehende Sachverständige und damit als Amtssachverständige gelten. Daraus folge nach dem VwGH, dass zur Wahrung des Parteiengleichs zu einem Gutachten auch das Fachgebiet, auf dem der Sachverständige über spezielles Wissen verfügt, offenzulegen ist (VwGH 25. 4. 2002, 98/07/0103). Andernfalls sei die Partei nicht in die Lage versetzt, allfällige Einwendungen gegen die Eignung des Sachverständigen vorzutragen. Es sei allerdings Sache des Beschwerdeführers, ein derartiges Verlangen nach Bekanntgabe des Fachgebietes des Amtssachverständigen bereits im Verwaltungsverfahren zu stellen.

Anmerkung: Die zutreffende Offenlegung wird wohl auch bei einem privaten Sachverständigen gelten.

In VwGH 15. 12. 2009, 2009/05/0303 („**zur Verfügung stehender Amtssachverständiger**“) sah sich der Amtssachverständige für Veterinärmedizin der zuständigen Behörde aufgrund der Komplexität der Problemstellungen⁹ nicht imstande, ein Gutachten über die aufgeworfenen Fragen zu erstatten, und regte die Bestellung eines speziell ausgebildeten nichtamtlichen Sachverständigen an. Die Beschwerdeführerin verweigerte eine Übernahme der Kosten des nichtamtlichen Sachverständigen mit der Begründung, dass die zuständige Behörde (in concreto: Bgld LReg) über genug Fachpersonal verfügen müsse, weshalb die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen nicht notwendig sei.

Der VwGH sprach hierzu aus, dass das Beschwerdebringen, das Land Burgenland treffe eine Organisationsverantwortung, weshalb die Beiziehung eines privaten Sachverständigen nicht notwendig sei und die Kosten in einem solchen Fall nicht überwältigt werden könnten, verfehlt

sei. Die geltend gemachte allfällige Organisationsverantwortung für den nicht vorhanden gewesenen Amtssachverständigen für die im Beschwerdefall zu beurteilenden Fragen vermag nicht zu widerlegen, dass ein entsprechender Amtssachverständiger im Beschwerdefall nicht iSd § 52 Abs 2 AVG – aus welchen Gründen auch immer – zur Verfügung stand.

Anmerkung: Dem VwGH ist jedenfalls zuzustimmen. Das Verhalten des Amtssachverständigen ist gerade als vorbildhaft zu bewerten. Ein allfälliges Organisationsverschulden könnte – bei rechtswidrigem Verhalten – zur Amtshaftung führen. Man muss aber wohl nicht für alle denkbaren Fragen einen Amtssachverständigen haben!

In seinem Erkenntnis vom **16. 12. 2009, 2008/12/0185 („widersprechende Gutachten“)** bestätigte der VwGH seine stRsp, dass es der Behörde bei einander widersprechenden Gutachten gestattet sei, sich dem einen oder anderen Gutachten anzuschließen. Sie habe aber die **Gedankengänge aufzuzeigen**, die sie dazu veranlasst haben, von den an sich gleichwertigen Beweismitteln dem einen einen höheren Beweiswert zuzubilligen als dem anderen. Zudem betonte der VwGH nochmals, dass sich die Beweiskraft eines Gutachtens nach seinem inneren Wahrheitsgehalt und nicht nach dem Zeitpunkt seiner Erstattung bestimme (VwGH 12. 11. 2008, 2005/12/0163).

Anmerkung: Der vom VwGH vertretenen Begründungspflicht ist uneingeschränkt zu folgen. Dass der Zeitpunkt der Gutachtenserstattung (Prioritätsgrundsatz?) in irgendeiner Weise maßgeblich sein könne, wäre auch in keiner Weise sachlich zu begründen.

In **VwGH 10. 12. 2009, 2007/04/0168 („Sachverständige im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren“)** bestätigt der VwGH die **Verteilung der SV-Aufgaben im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren**. Die Feststellung, ob die Genehmigungsvoraussetzungen des § 77 GewO vorliegen, sei Gegenstand des Beweises durch Sachverständige auf dem Gebiet der gewerblichen Technik und auf dem Gebiet des Gesundheitswesens. Der **gewerbetechnische Sachverständige** habe sich darüber zu äußern, welcher Art die von einer Betriebsanlage nach dem Projekt des Genehmigungswerbers zu erwartenden Einflüsse auf die Nachbarschaft sind, welche Einrichtungen der Betriebsanlage als Quellen solcher Immissionen in Betracht kommen, ob und durch welche Vorkehrungen zu erwartende Immissionen verhütet oder verringert werden und welcher Art und Intensität die verringerten Immissionen noch sein werden. Dem **ärztlichen Sachverständigen** falle – fußend auf dem Gutachten des gewerbetechnischen Sachverständigen – die Aufgabe zu, darzulegen, welche Einwirkungen die zu erwartenden Immissionen nach Art und Dauer auf den menschlichen Organismus entsprechend den Tatbestandsmerkmalen des § 74 Abs 2 GewO auszuüben vermögen. Die Auswirkungen einer zu genehmigenden Betriebsanlage seien dabei nach der Rechtsprechung des VwGH unter Zugrundelegung **jener Situation zu beurteilen**,

in der die Immissionen für die Nachbarn am ungünstigsten, dh am belastendsten sind.

Es gehöre grundsätzlich zu den Aufgaben des gewerbetechnischen Sachverständigen, sich in einer die Schlüssigkeitsprüfung ermöglichenden Weise nicht nur über das Ausmaß, sondern **auch über die Art der zu erwartenden Immissionen zu äußern** und in diesem Zusammenhang darzulegen, ob und gegebenenfalls **welche Eigenart einem Geräusch** (zB Impulscharakter, besondere Frequenzzusammensetzung, Informationshältigkeit) unabhängig von seiner Lautstärke anhaftet. Demgegenüber habe der ärztliche Sachverständige auch dann, **wenn hinsichtlich der Klangcharakteristik subjektive Wahrnehmungen von Bedeutung sein können**, von den objektiven, durch den gewerbetechnischen Sachverständigen in seinem Gutachten aufgenommenen Beweisen auszugehen. Erst sachverständig fundierte Feststellungen über den Charakter der erhobenen Lärmereignisse und der damit verbundenen Lärmspitzen würden eine Abklärung aus medizinischer Sicht, welche Auswirkungen diese Immissionen ihrer Art und ihrem Ausmaß nach auf den menschlichen Organismus auszuüben vermögen, ermöglichen.

Anmerkung: Volle Zustimmung in allen Punkten (vor allem auch „Worst-Case-Szenario“).

Das Erkenntnis **VwGH 20. 11. 2009, 2008/12/0226 („Zweifel an der Sachkunde“)** behandelt die Frage, **wie eine Behörde vorzugehen hat, wenn sie an der Sachkunde eines privaten Sachverständigen zweifelt**: Ist gerade die Sachkunde strittig bzw intendiert die belangte Behörde, einem von der Partei beigezogenen „Privatgutachter“ die erforderliche Sachkunde abzusprechen, sodass dem von ihr eingeholten Gutachten des Amtssachverständigen **nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten wäre, so sei es Aufgabe der Behörde, im Rahmen eines ordnungsgemäßen Verfahrens unter Anhörung der Partei die Frage der Sachkunde zu erörtern und anhand der Ergebnisse eines solchen Verfahrens sodann nachvollziehbar begründete Feststellungen** über das Vorliegen oder über allfällige Defizite der Sachkunde des Privatgutachters zu treffen, **um derart dem VwGH die nachprüfende Kontrolle zu ermöglichen**, ob Ausführungen in einem Privatgutachten unter dem Aspekt der Sachkunde der Person des Privatgutachters tauglich oder untauglich sind, die Beweiskraft eines Amtssachverständigengutachtens zu erschüttern (eigene Hervorhebung).

Anmerkung: ME ein ganz wichtiger Schritt in die richtige Richtung.

Die **Befangenheit** eines Sachverständigen (§ 126 Abs 4 iVm § 47 Abs 1 Z 3 StPO) wurde in **OGH 24. 6. 2009, 15 Os 65/09m** („Befangenheit von Sachverständigen“) thematisiert (nachzulesen auch in SV 2009/4, 204).

Danach gelten für Sachverständige und Dolmetscher die Befangenheitsgründe des § 47 Abs 1 StPO sinngemäß

(§ 126 Abs 4 erster Satz StPO). Ein Sachverständiger sei dann befangen, wenn eine Beeinträchtigung der unparteilichen Begutachtung zu befürchten ist.

In concreto hat die Sachverständige den Betroffenen während seiner im gegenständlichen Verfahren (zur Unterbringung in Anstalt für abnorme Rechtsbrecher) erfolgten mehrmonatigen vorläufigen Anhaltung im psychiatrischen Krankenhaus als dort tätige Ärztin mitbetreut und -behandelt. Dieser Umstand, dass die Sachverständige den von ihr zu begutachtenden Betroffenen über einen längeren Zeitraum als Ärztin therapeutisch behandelt hat, lasse bei einem objektiven Beobachter Zweifel an ihrer Unvoreingenommenheit als Sachverständige entstehen. Die Vernehmung der Ärztin als SV stelle einen Verstoß gegen Verfahrensgrundsätze dar, deren Beobachtung durch das Wesen eines die Verteidigung sichernden fairen Verfahrens geboten sei.

Anmerkung: ME ist der Rechtsatz zumindest im Grundsatz zutreffend. Im Einzelfall könnte man es eher umgekehrt sehen: Der behandelnde Arzt kennt die Person am besten. Nur bei besonderen Anhaltspunkten sollte dann auf Befangtheit entschieden werden.

In der Entscheidung **OGH 2. 9. 2009, 7 Ob 157/09b („Maklerprovision“)** wies der OGH darauf hin, dass die Judikatur zu § 6 Abs 3 HVG auch auf § 7 Abs 2 MaklerG weiterhin anwendbar sei. Nach dieser Bestimmung sei der gegen den Provisionspflichtigen gerichtete Anspruch vom Grundgeschäft insoweit abhängig, als er nicht gebührt, wenn das vermittelte Geschäft aus wichtigen, nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wurde. Um sich von seiner Provisionspflicht zu befreien, müsse der Auftraggeber nachweisen, dass die Ausführung des vermittelten Geschäfts ohne sein Verschulden unmöglich oder unzumutbar sein. Im konkreten Fall beauftragte der Beklagte eine **Immobilienmaklerin** (die Klägerin) mit der Vermittlung seiner Liegenschaft an einen Kaufinteressenten. Die **Ausführung** des zwischen dem Beklagten und dem von der Klägerin namhaft gemachten Käufer abgeschlossenen Kaufvertrages über die Liegenschaft zu € 340.000,- unterblieb, weil sich der Beklagte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aufgrund eines unrichtigen Gutachtens der Klägerin in einem Irrtum über den Wert seiner Liegenschaft befand. Der Irrtum wurde nach Abschluss des Kaufvertrages aufgeklärt und der Käufer bestand unter diesen Umständen nicht mehr auf der Zuhaltung des Vertrages. Der Beklagte konnte schließlich die Liegenschaft an seinen Nachbarn um € 460.000,- veräußern. Da hier die Nichtausführung des von der Klägerin vermittelten Kaufvertrages auf deren unrichtige Information über den Wert der Liegenschaften zurückzuführen ist, liegt ein wichtiger Grund iSd § 7 Abs 2 MaklerG vor. **Ein wichtiger Grund liegt nämlich insb dann vor, wenn die Nichtausführung des Geschäfts gerade auf ein Verhalten des Vermittlers zurückzuführen ist.** Der Beklagte war demnach von seiner Provisionspflicht befreit.

Anmerkung: Jedenfalls wenn man vom festgestellten Sachverhalt ausgeht, war die Klage in diesem Fall mE mehr als mutig.

Die Entscheidung **OGH 18. 11. 2009, 7 Ob 183/09a („Wiederaufnahmsklage“)** betrifft das **Prozessrecht**. Der Kläger unterzog sich im Krankenhaus der Beklagten einer Operation des rechten Hüftgelenks, bei der eine zementfreie Hüftprothese implantiert wurde. Obwohl es dem Kläger zunächst besser ging, bekam er in weiterer Folge permanent starke Schmerzen im Bereich des rechten Oberschenkels.

Die vom Kläger eingebrachte Klage auf Schmerzensgeld iHv € 50.000,- und die Feststellung der Haftung der Beklagten für künftige Spät- und Dauerfolgen mit der Begründung, die Operation sei nicht lege artis vorgenommen worden und stelle einen ärztliche Kunstfehler dar, wurden von Erst- und Berufungsgericht abgewiesen, da den Ärzten der Beklagten nach dem Gutachten des medizinischen Sachverständigen **kein Kunstfehler** vorzuwerfen sei.

Mit **Wiederaufnahmsklage** fordert der Kläger nun die Aufhebung des Urteils im Vorprozess und seinem Leistungswie auch seinem Feststellungsbegehren stattzugeben. Am 19. 11. 2008 (nach Schluss des Verfahrens erster Instanz im Vorprozess) wurde an der Uniklinik Salzburg eine **neuerliche Operation** durchgeführt. Dabei stellte der Operateur der Uniklinik fest, dass die bei der ersten Operation erfolgte Implantation der Titancerclagen nicht der **Montageanleitung** (!) entsprechend durchgeführt wurde. Seit dieser Operation sind die Schmerzen im rechten Oberschenkel des Klägers nicht mehr gegeben. Nach dem Operateur der Uniklinik sei die nicht der Montageanleitung entsprechende Implantation der Titancerclagen die Schmerzsache gewesen. Erst- und Berufungsgericht wiesen die Wiederaufnahmsklage zurück, da kein Wiederaufnahmsgrund gegeben sei. Dazu führt der OGH aus:

„Zwar hat der OGH wiederholt ausgesprochen, dass etwa ein nachträglich beigebrachtes Gutachten ohne Hinzutreten weiterer Umstände keine neue Tatsache und auch kein neues Beweismittel darstellt, wenn das Thema des Gutachtens bereits im Hauptprozess bekannt war. ...

Beruhet ein **im Vorprozess erstattetes Sachverständigen-gutachten jedoch auf einer unzulänglichen Grundlage** [hier: auf radiologischen Befunden], **war somit die Entscheidungsgrundlage noch nicht vollständig**, so kann auch Umständen (etwa einem nachträglich erstatteten Gutachten), **durch welche die Urteilsgrundlage vervollständigt** wird [hier: nachträglich durch eine Operation erkennbare Situierung der Cerclagen], die Eignung als Wiederaufnahmsgrund nicht von vornherein abgesprochen werden. ...

Nicht diese Operation selbst, sondern die dadurch erkennbare, bereits vor Schluss der Verhandlung erster Instanz im Vorprozess bestehende Situierung (unsachgemäße Implantation) der Cerclagen stellt eine neue Tatsache iSd

§ 530 Abs 1 Z 7 ZPO dar, deren Benützung im früheren Verfahren möglicherweise eine dem Kl günstigere Entscheidung hätte herbeiführen können“ (eigene Hervorhebungen).

Anmerkung: Auch diese Entscheidung zeigt (vgl schon oben zur Haftung für den Rettungsaufwand), dass später erstattete Gutachten zu einem Wiederaufnahmeverfahren führen können, wenn und soweit dadurch eine maßgebliche Grundlage erst zugänglich wird.

5. Neue Aufgaben

5.1. Umweltverträglichkeitsprüfung

Das Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz¹⁰ (UVP-G; jetzt UVP-G 2000), das in Umsetzung der Umweltverträglichkeitsrichtlinie (UVP-RL) im Jahr 1993 erlassen wurde, sieht bei **behördlichen Genehmigungsverfahren auch die Mitwirkung nichtamtlicher Sachverständiger** vor. Gem § 12 Abs 1, § 12a UVP-G hat die Behörde Sachverständige der betroffenen Fachgebiete mit der Erstellung eines Umweltverträglichkeitsgutachtens bzw mit einer zusammenfassenden Bewertung der Umweltauswirkungen zu beauftragen. Zu betonen ist, dass mit diesen Aufgaben nichtamtliche Sachverständige **auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 52 Abs 2 und 3 AVG** betraut werden können (§ 12 Abs 2, § 12a iVm § 24c Abs 2, § 24d UVP-G). **Damit weicht das UVP-G vom Prinzip des Vorrangs der Amts-sachverständigen nach AVG ab.** Gem § 12 Abs 2 bzw § 24c Abs 2 UVP-G können auch fachlich einschlägige Anstalten, Institute oder Unternehmen als Sachverständige bestellt werden.

Durch die Novelle des UVP-G im Jahr 2009 wurde nun eine Neuerung betreffend die **verpflichtende Vorlage eines Klima- und Energiekonzeptes** eingeführt. Ein solches muss nun gemäß § 5 Abs 1 iVm § 6 Abs 1 Z 1 lit e UVP-G in der **Umweltverträglichkeitserklärung (UVE)** des Projektwerbers enthalten sein. Dies gilt sowohl für das reguläre als auch für das vereinfachte UVP-Verfahren.

Inhaltlich muss das Konzept **folgende Angaben** aufweisen:

- den Energiebedarf, aufgeschlüsselt nach Anlagen, Maschinen und Geräten sowie nach Energieträgern;
- die verfügbaren energetischen Kennzahlen;
- eine Darstellung der Energieflüsse sowie Maßnahmen zur Energieeffizienz.

Weiters muss das Klima- und Energiekonzept eine Darstellung der vom Vorhaben **ausgehenden klimarelevanten Treibhausgase** (§ 3 Z 3 Emissionszertifikategesetz) und Maßnahmen zu deren Reduktion im Sinne des Klimaschutzes beinhalten.

Die im Konzept enthaltenen Maßnahmen sind zudem von einem befugten Ziviltechniker oder technischen Büro dahingehend zu überprüfen, ob sie dem Stand der Technik entsprechen. Dies ist durch den Ziviltechniker bzw das

technische Büro gegebenenfalls auch zu bestätigen. Durch diese Vorgehensweise werden die Verwaltungsbehörden nicht zusätzlich belastet.¹¹

Im Erkenntnis **VwGH 24. 2. 2009, 2005/06/0117 („Berücksichtigung der Ergebnisse der UVP“)** hielt der VwGH wieder fest, dass die Behörde bei ihrer Entscheidung über die Enteignung gem §§ 17 ff BStG (**idF BGBl I 2002/50**) auch aufgrund des § 24h Abs 5 UVP-G (**idF BGBl I 2002/50**) **die Ergebnisse der UVP zu berücksichtigen habe**. Dies ergebe sich zudem auch aus § 24h Abs 6 UVP-G (**idF BGBl I 2002/50**; entspricht § 24f Abs 15 UVP-G idGF), der eine besondere Ermächtigung zur Vornahme einer Enteignung im Hinblick auf die UVP vorsieht.

5.2. „Erheblichkeit von Umweltschäden“ nach Bundes-Umwelthaftungsgesetz und Landesumwelthaftungsgesetzen

Seit Juni 2009 haben Betreiber nach dem Bundes-Umwelthaftungsgesetz¹² (B-UHG) und entsprechende Landesregelungen erhebliche Umweltschäden zu vermeiden bzw zu sanieren. Die erfassten Schäden (nämlich Gewässer-, Boden- und Biodiversitätsschäden) müssen „erheblich“ sein (beim Bodenschaden erhebliches Gesundheitsrisiko). Die damit verbundenen SV-Aufgaben sind aufgrund der Komplexität der Erheblichkeitskriterien ebenfalls außerordentlich erheblich.

Anmerkungen:

- ¹ Vgl *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB³, § 365 Rz 5.
- ² Vgl bereits RdU 2010/40, 66 (*Wagner* 69), und *Frank/Mächler*, Europaschutzgebiete – Kein Entschädigungstatbestand, RdU 2010/25, 48 (48 ff); vgl auch *Schlager*, Keine Verkehrswertminderung durch Naturschutzgebietsausweisung, SV 2010/2, 74.
- ³ Zu diesen vgl etwa *Ennöckl*, Handbuch Natura 2000 (2002).
- ⁴ Vgl schon zutreffend die Anm von *Wagner*, RdU 2010, 69 ff.
- ⁵ Vgl *Wagner*, RdU 2010/40, 69.
- ⁶ Vgl näher *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³, § 1323 Rz 14.
- ⁷ Vgl näher *Kerschner*, Der merkantile Minderwert bei der Liegenschaftsbewertung – das Unbehagen des Käufers, Der Sachverständige 2007, 174 (174 ff); *Rassi*, Der merkantile Minderwert bei Liegenschaften, RZ 2009, 162 (162 ff); *Kothbauer*, Der merkantile Minderwert nach Hangrutschung, ZLB 2009/20.
- ⁸ Dazu demnächst ausführlich *Neumayr*, Schadenshöhe bei grenzüberschreitenden Verkehrsunfällen, in *Jabornegg/Kerschner/Riedler* (Hrsg), Haftung und Versicherung (2010).
- ⁹ Im UVP-Feststellungsverfahren (Bioschweine) ging es um komplexe Kumulationen von Emissionen.
- ¹⁰ Vgl dazu jetzt den neuen Kommentar von *Baumgartner/Petek*, UVP-G 2000 (2010) 143 ff.
- ¹¹ Vgl dazu demnächst *Neger*, Die verwaltende Mitwirkung „Privater“ am UVP-Verfahren, RdU 2010/2011.
- ¹² Dazu zuletzt *Kerschner/Funk/Priewasser* (Hrsg), Neue Umwelthaftung – Rechtliche und ökonomische Folgen (2010); demnächst *Hinteregger/Kerschner*, Kommentar zum B-UHG (2010).

Korrespondenz:

Univ.-Prof. Dr. Ferdinand Kerschner
 Institut für Zivilrecht
 Johannes Kepler Universität Linz
 E-Mail: Ferdinand.Kerschner@jku.at