

# Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2011\*

Die Schwerpunkte der höchstgerichtlichen Judikatur liegen diesmal bei Entschädigungs- und Bewertungsfragen.

## 1. Enteignung und Entschädigung

Im Fall der Entscheidung **OGH 1 Ob 176/10d vom 26. 1. 2011 (Europaschutzgebiet „Hochlagen der östlichen Wölzer Tauern und Seckauer Alpen“ und „Niedere Tauern“)** begehren Eigentümer und Pächter von fünf betroffenen Liegenschaften Entschädigung für Unterschutzstellung nach Natura 2000. Erst- und Rekursgericht weisen den Antrag ab, der OGH hält den Revisionsrekurs für nicht zulässig.

Der OGH referiert die Entscheidung 8 Ob 35/09v,<sup>1</sup> wonach ohne konkrete Festlegung von Ge- und Verboten kein Entschädigungsanspruch bestehe. Auf die Kritik von *Wagner* und *Kerschner* (für Ausgleich der Verkehrswertminderung nach objektiv-konkreter Berechnung) müsse nicht eingegangen werden, weil gar keine konkrete potenzielle Nutzungsbeschränkung mit negativen Folgen für den Verkehrswert **behauptet und geltend gemacht worden sei**. Dass hier dem Feststellungsantrag das rechtliche Interesse fehle (so die 2. Instanz), sei keine krasse Fehlbeurteilung<sup>2</sup> (eigene Hervorhebungen).

**Anmerkung:** Ob die Antragsteller wirklich nichts Entsprechendes geltend gemacht haben, ist meines Erachtens durchaus fraglich. Positiv ist zu verzeichnen, dass der 1. Senat zumindest ein Überdenken der äußerst restriktiven Vorentscheidung in Aussicht stellt.

Die Rekursentscheidung des **LG Steyr 1 R 106/10x vom 7. 7. 2010** betrifft die **Enteignung Höfler Enns**.<sup>3</sup> Im gegenständlichen Fall qualifiziert das LG Steyr ein Grundstück, welches **bis spätestens in 15 Jahren umgewidmet** werden könnte, als „Bauerwartungsland“. Dem stehe nach dem LG Steyr auch nicht entgegen, dass weder der Flächenwidmungsplan noch das örtliche Entwicklungskonzept eine Umwidmung der enteignungsbetroffenen Grundstücke in Bauland vorsehe und eine solche **Umwidmung** auch wegen der vorhandenen Baulandreserven **nicht zu erwarten sei**. Der Flächenwidmungsplan sei auf einen Planungszeitraum von 5 Jahren, das örtliche Entwicklungskonzept auf einen solchen von 10 Jahren ausgelegt. Dieser Zustand sei daher noch nicht „einzementiert“. Sehr starke faktische Indizien aus den Umständen des Einzelfalls (etwa eine überraschend eingetretene Veränderung

nach Art einer neuen Betriebsansiedlung oder Aufschließung) könnten hier für eine andere als Grünlandbewertung sprechen (eigene Hervorhebungen).

Im vorliegenden Fall liegt die enteignete Grundfläche im oberösterreichischen Zentralraum, sie grenzt an bebautes Gebiet an und ist mit allen öffentlichen Ver- und Entsorgungselementen der Stadt Enns ausgestattet. Sie liegt außerdem an einer öffentlichen Straße. Diese Umstände rechtfertigen nach dem LG Steyr die Annahme von „Bauerwartungsland“.

**Anmerkung:** Diese Entscheidung des LG Steyr ist meines Erachtens äußerst „großzügig“. **Vor allem ein Erwartungszeitraum von 15 Jahren ist viel zu lang.**<sup>4</sup> Wer kann schon sagen, was in 15 Jahren sein wird? Das Ergebnis könnte meines Erachtens nur dann zutreffend sein, wenn man hier Vergleichspreise bezüglich ähnlich situierter Liegenschaften hätte nachweisen können.

Die Entscheidung **OGH 6 Ob 161/10k vom 1. 9. 2010** betrifft ebenfalls **Bauerwartungsland**. 10.990 m<sup>2</sup> des Antragstellers werden für die S1 Ost enteignet. Die Enteignungsbehörde bemisst die Entschädigung mit € 65.000,-. Die Enteigneten wollen € 345.000,-. Erst- und Rekursgericht sprechen € 223.000,- zu. Der OGH hält den Revisionskurs für nicht zulässig.

Das Erstgericht geht von landwirtschaftlich genutzten Flächen aus, innerhalb der nächsten 10 bis 15 Jahre sei eine Entwicklung zu Betriebsbaugelände bzw. begünstigtem Agrarland mit Erholungsflächen realistisch, aber auch nicht wahrscheinlicher, als es bei bisheriger Nutzung bleibt. Bei Gewichtung vom niederösterreichischen zum Wiener Regionalraum von 3:1 (Anmerkung: Was immer das heißen mag) ergäben sich € 15,- pro m<sup>2</sup>, für Nebenschäden € 42.969,-, für Wiederbeschaffungskosten rund € 15.000,-.

Der OGH hält nur den positiven Schaden für ersetzbar (anders herrschende Lehre und Rechtsprechung teilweise<sup>5</sup>). Die maßgeblichen **Rechtssätze:**

- Die dem Enteigneten gebührende Entschädigung muss alle durch die Enteignung verursachten vermögensrechtlichen Nachteile erfassen, wobei bei ihrer Bemessung auch auf **sämtliche bestehende wirtschaftliche Möglichkeiten** Bedacht zu nehmen ist (VwGH 28. 6. 1978, 815/78).

\* Leicht überarbeitete Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 1. 5. 2011 beim Brandlhofseminar gehalten hat.

- Die Auswahl der Bewertungsmethode im Enteignungsverfahren ist nur dann reversibel, wenn gegen zwingende Denkgesetze verstoßen wird (RIS-Justiz RS0109006, RS0043122). Besteht – wie im vorliegenden Fall – für die Wertermittlung durch einen Sachverständigen keine gesetzlich vorgeschriebene Methode, so unterliegt das von den Tatsacheninstanzen gebilligte Ergebnis eines Gutachtens keiner Nachprüfung durch den OGH, weil es um eine Tatfrage geht (RIS-Justiz RS0118604).
- Nach ständiger Rechtsprechung kann auch eine nachträgliche Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse, die im Zeitpunkt der Enteignung als wahrscheinlich vorausgesehen werden konnte, die Höhe des zu ersetzenden Verkehrswerts beeinflussen (RIS-Justiz RS0058043). Dies entspricht auch der Auffassung der Lehre (*Rummel*, Bewertung von Bauerwartungsland, SV 2002, 115 [118, 121]). Demnach ist für die Bewertung eines Grundstücks allgemein nicht die bestehende Widmung, sondern die **realistisch beurteilte künftige Verwendungsmöglichkeit** samt ihrer Auswirkung auf den Marktwert das Entscheidende.
- Bei Verwendung der Abzinsungsmethode sind die derzeitigen Baulandpreise je nach Zeitfaktor und Unsicherheit der möglichen Umwidmung abzuzinsen. Voraussetzung ist, dass die Erwartungen auf dem Grundstücksmarkt tatsächlich bereits preisbestimmend sind, also nach der Verkehrsauffassung schon zum Zeitpunkt der Enteignung ein zusätzliches werterhöhendes Moment darstellen und nicht eine bloße Werterhöhungschance (6 Ob 647/84). Entscheidend ist daher lediglich, ob das Entwicklungspotential sich zum derzeitigen Zeitpunkt auf den Marktpreis auswirkt.
- Dies hat der Sachverständige im vorliegenden Fall aber aufgrund seiner Marktkenntnis, eingehenden Erhebungen und Berücksichtigung des Stadtentwicklungsplans der Stadt Wien STEP 05 und des Landesentwicklungsplans Niederösterreich (WIN) sowie eines Berichts des Österreichischen Instituts für Raumplanung betreffend die Region zwischen Wien und Pressburg mit eingehender Begründung bejaht. Dabei hat der Sachverständige keineswegs den Wert für Bauland herangezogen, sondern einen Mischpreis zugrunde gelegt, der einen entsprechenden Risikoabschlag berücksichtigt und **einen Mittelwert** zwischen dem Preis für „**begünstigtes Agrarland**“ und **Bauland** darstellt (eigene Hervorhebungen).

**Anmerkung:** Meines Erachtens geht es hier nicht nur um eine Tat-, sondern auch um eine Rechtsfrage, nämlich den **Kriterien des Bauerwartungslandes**, mit denen sich der OGH bereits wiederholt auseinandergesetzt hat.<sup>6</sup> So hat der OGH in bisheriger ständiger Judikatur „*hohe Wahrscheinlichkeit*“ der Umwidmung „*in nächster Zeit*“ verlangt. Hier ist ausdrücklich nur 50 % Wahrscheinlichkeit gegeben und das erst in 10 bis 15 Jahren. **Meines Erachtens sind damit beide Kriterien nicht erfüllt.** 50 % Wahrscheinlichkeit ist nicht hohe Wahrscheinlichkeit. Und 10 bis 15 Jahre ist nicht „in nächster Zeit“.<sup>7</sup>

Auch in der Entscheidung **OGH 7 Ob 56/10a vom 14. 7. 2010** geht es um **Bauerwartungsland**. Im Rahmen einer Pflichtteilsklage sind die erblichen Liegenschaften (Weingärten) zu bewerten. Das Erstgericht stellt einen Verkehrswert von € 453.061,- fest und einen Ertragswert von € 13.500,-. Der Testamentserbe will die Liegenschaften weiterhin landwirtschaftlich nutzen. Erstgericht und Rekursgericht gehen von einer Mischwerthöhe aus (€ 230.000,-).

### Rechtssätze des OGH:

- Die Frage, nach welchen Grundsätzen im Allgemeinen landwirtschaftliche Güter zur Bemessung des Pflichtteils zu bewerten sind, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Es kommt darauf an, welchen Wert der Gegenstand allgemein für seinen Eigentümer hat (4 Ob 46/05a; 3 Ob 272/02z). Es ist von der Bestimmung des § 306 ABGB über den gemeinen Wert auszugehen (6 Ob 232/09z mwN). Liegt nach der Verkehrsauffassung der Wert einer Sache vor allem in ihrem Ertrag oder sonstigen Nutzen, dann wird vom **Ertragswert**, andernfalls aber vom Verkehrswert auszugehen sein. Der Nutzen, den ein landwirtschaftlicher Betrieb allgemein leistet, besteht in erster Linie aus seinem Ertrag. In Zeiten einer starken Nachfrage nach Grundstücken können der Ertragswert und der Verkehrswert aber erheblich voneinander abweichen. In einem solchen Fall muss der Verkehrswert angemessen berücksichtigt werden, und zwar umso stärker, je größer der Verkehr mit derartigen Liegenschaften im Zeitpunkt des Todes des Erblassers tatsächlich war.
- Bei **auffallendem Missverhältnis** zwischen dem Verkehrswert und dem Ertragswert ist für die bei der Pflichtteilsberechnung erforderliche Ermittlung des Schätzwerts der Landwirtschaft durch **Errechnung des arithmetischen Mittels** aus Ertrags- und Verkehrswert unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls angemessen (RIS-Justiz RS0010076).
- Eine am Ertragswert orientierte Wertbestimmung verbietet sich aber für Grundstücke, von denen feststeht, dass sie entweder bereits Bauland sind oder bei denen aufgrund bestehender tatsächlicher und rechtlicher Aufschließungsmöglichkeiten eine künftige Verbauung so konkrete Gestalt angenommen hat, dass sie nach der Verkehrsauffassung bereits als zusätzliches werterhöhendes Moment angesehen werden könnte (1 Ob 701/85). Waren Grundstücke im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zwar landwirtschaftlich genutzt, hatten sie aber damals den objektiven Charakter von Bauland oder Bauhoffnungsland, so muss dies bei der Ermittlung des Wertes der Liegenschaft Berücksichtigung finden.
- Bei der Beurteilung, welcher Wert der Liegenschaften in der Verlassenschaft anzusetzen ist, ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte hauptberuflich Krankenpfleger ist, nur 2 % der landwirtschaftlichen Fläche selbst bewirtschaftet und ansonsten die Liegenschaften verpachtet hat. Soweit rein landwirtschaftlich gewidmete Flächen zum Nachlassvermögen gehören, bestehen keine Bedenken gegen die von den Vorinstanzen gewählte Berechnungsmethode (Ermittlung

des arithmetischen Mittelwerts zwischen Verkehrswert und Ertragswert). Sie entspricht der ständigen Rechtsprechung. Im vorliegenden Einzelfall kann aber nicht der Wert aller Liegenschaften nach derselben Methode ermittelt werden. Es ist auf die Widmung der Grundstücke abzustellen. Soweit nämlich Liegenschaften ausdrücklich als Bauland gewidmet waren, ist – wie oben dargelegt – zu berücksichtigen, dass der Beklagte hauptberuflich nicht Landwirt ist und dass er bei einer (jederzeit möglichen) Veräußerung den kompletten Verkehrswert lukrieren wird. In seinem Vermögen werden die Liegenschaften zum Verkauf als Bauland bereit sein. Diese als Bauland gewidmeten Liegenschaften sind daher mit dem Verkehrswert zu berücksichtigen.

- Bei jenen Liegenschaften, die **Bauhoffungsland** sind, bedarf es genauerer Feststellungen dazu, ob eine Umwidmung in Bauland im Zeitpunkt des Todes des Erblassers bereits abzusehen war. Es ist im Sinn der oben dargelegten Judikatur zu klären, ob mit einer künftigen Umwidmung so konkret gerechnet werden konnte, dass sie nach der Verkehrsauffassung bereits als zusätzliches werterhöhendes Moment angesehen werden konnte. War dies bei einzelnen Liegenschaften **in naher Zukunft** konkret abzusehen, so ist auch bei diesen bereits der Verkehrswert anzusetzen. War eine Umwidmung nicht in naher Zukunft konkret abzusehen, aber dennoch damit zu rechnen, **so ist je nach Wahrscheinlichkeit der Umwidmung und den dafür vorgesehenen Zeiträumen der Verkehrswert nur angemessen zu berücksichtigen**. Dies kann bedeuten, dass es nach den Umständen des Einzelfalls wie bei den landwirtschaftlichen Liegenschaften beim arithmetischen Mittel bleibt oder dass, falls dies den Umständen angemessener entsprechen sollte, der Verkehrswert auch mit mehr als der Hälfte zu berücksichtigen ist (eigene Hervorhebungen).

### Anmerkung:

- Grundsätzlich ist dem OGH insofern zuzustimmen, dass auch bei der Pflichtteilsberechnung vom Verkehrswert auszugehen ist.
- Der Ertragswert soll auch den Verkehrswert ergeben, dies aber nur, wenn der Wert vornehmlich in der Nutzung liegt. Der OGH meint hier wohl mit Verkehrswert den Verkaufswert.
- Der Mischwert entspricht nicht dem Verkehrswert!
- **Je nach Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, ist meines Erachtens eine völlig unzutreffende Aussage.** Da müsste ja immer eine gewisse Erhöhung zugesprochen werden.

Die Entscheidung **OGH 8 Ob 141/09g vom 19. 5. 2010** beschäftigt sich mit der **Entschädigung bei Untertunnelung**. Für eine Untertunnelung wird eine Fläche von 764 m<sup>2</sup> mit Einfamilienhaus in Anspruch genommen (ohne Bauverbot). Das Erstgericht berücksichtigt das Bauwerk nicht, sondern nur die untertunnelte Fläche (nicht das Gesamtgrundstück), es spricht aber 5 % pauschalen prozentuellen Abschlag zu. Das Rekursgericht bestätigt (nur Auswirkungen auf den Bodenwert, nicht auf das

Bauwerk); der Sachverständige habe das Immissionspotenzial bei der Preisbildung durch die Marktteilnehmer berücksichtigt (sic!). Das Rekursgericht lässt den Revisionsrekurs zu, weil eine merkantile Wertminderung nach OGH 2 Ob 282/05t zu beachten sei, es dazu aber keine Grundsätze gäbe.

Der OGH hält den Revisionsrekurs für unzulässig. Die Ermittlungsmethode müsse am besten den Umständen des Falles gerecht werden. Der OGH könne nur überprüfen, wenn das Rekursgericht die Methode aufgrund rein abstrakter Argumente modifiziert (ohne Änderung der Sachverhaltsgrundlage); sonst liege Tatsachenbereich vor, wo der OGH nur bei Unvereinbarkeit mit Logik oder Erfahrung überprüfen könne. Der Sachverständige habe nachvollziehbar darauf hingewiesen, dass der Bauwert nicht beeinträchtigt wird. Die Wiener U-Bahn-Methode (prozentueller Abschlag vom Wert der tatsächlich in Anspruch genommenen Fläche) sei nicht unvereinbar im obigen Sinne. In anderen Fällen könne eine zusätzliche Wertminderung der nicht unmittelbar in Anspruch genommenen Fläche möglich sein.

**Anmerkung:** Der OGH schließt demnach keinesfalls eine merkantile Wertminderung der gesamten Fläche (samt Bauwerk) aus.<sup>8</sup>

In der Entscheidung **VwGH 2009/06/0227 vom 15. 4. 2010 (Enteignung für Verlegung einer Landesstraße in Salzburg/großer Kreisverkehr)** finden sich interessante Abwägungen öffentlicher Interessen an einem Kreisverkehr; auch zur Notwendigkeit einer Enteignung. Die Enteignung selbst sei keine Angelegenheit des Kernbereichs des Zivilrechts, daher sei die Überprüfung durch den VwGH ausreichend.

Die Entscheidung **OGH 4 Ob 213/10t vom 18. 1. 2011** trifft Aussagen zur **Pauschalierung der Wiederbeschaffungskosten**. Die Entschädigung für eine Enteignung zur Errichtung von Gewässerschutzanlagen für die A8 Innkreisautobahn ist zu bemessen. Das Erstgericht spricht 9 % der Verkehrswerte der betroffenen Liegenschaften als Wiederbeschaffungskosten zu. Das Rekursgericht entscheidet grundsätzlich gleich, gewährt aber – weil nicht angefallen – keine Wiederbeschaffungskosten.

Der OGH hält an seiner bisherigen Judikatur zu den Wiederbeschaffungskosten fest. Der Enteignungspreis sei als „Entgelt“ für die enteignete Liegenschaft zu ermitteln. Die Wiederbeschaffungskosten hätten nicht den Zweck, den Enteigneten in die Lage zu versetzen, sich tatsächlich einen gleichwertigen Ersatzgegenstand zu verschaffen. Wiederbeschaffungskosten seien Kosten für Einverleibung, Vertragserrichtung und treuhändige Abwicklung des Kaufvertrages. Bei konkretem Anfall seien die tatsächlichen, sonst die pauschalen Kosten zu ersetzen.

Der OGH folgt somit den von *Kerschner*<sup>9</sup> und *Roth*<sup>10</sup> vorgebrachten Gegenargumenten nicht.

### Die Begründung des OGH in Kürze:

1. Enteignungsentschädigung sei zwar privatrechtlich, aber kein Schadenersatzanspruch, kein Ersatz für rechtswidrig verursachten Verlust.

2. Aus dem Verweis auf § 1323 ABGB ergäbe sich eine Gleichbehandlung zwischen Schadenersatzberechtigten und Enteigneten bei gleicher Interessenlage; diese sei aber bei der Enteignung nicht gleich mit jener bei Ersatz fiktiver Reparaturkosten.
3. Eine beschädigte Sache kann unrepariert weiterverwendet werden, was bei einem enteigneten Grundstück nicht möglich sei.
4. Die Rechtsprechung, wonach fiktive Reparaturkosten nur bis zur Höhe der objektiven Wertminderung zu ersetzen seien, sei bei beschädigten Liegenschaften oder Gebäuden gerade nicht uneingeschränkt anwendbar.
5. Zwar gelte objektiv-konkrete Berechnung, aber der Enteignete soll abstrakt in Lage versetzt werden, gleichwertigen Grund zu kaufen. „Eine enteignete Liegenschaft schlägt sich im Vermögen des Entreicherten nicht nur im Wert eines gleichwertigen Ersatzgegenstandes, sondern auch in den zu dessen Verbücherung notwendigen Aufwendungen nieder.“

**Anmerkung:** Der OGH-Entscheidung kann in keinem Punkt gefolgt werden.

- Ad 1.: Es gibt auch im Allgemeinen Schadenersatz für rechtmäßigen Eingriff (vgl insbesondere den Ausgleichsanspruch gemäß § 364a ABGB).
- Ad 2.: Verschiedene Interessenlagen sind so zunächst nur bloße Behauptung.
- Ad 3.: Keinesfalls kann jede beschädigte Sache unrepariert weiterverwendet werden (zB Kfz-Motorschaden). Außerdem kann die Liegenschaftsnutzung durch Ankauf repariert werden (Grundsatz der Naturalrestitution auch bei der Entschädigung). Das Restgrundstück ist – im Vergleich – die beschädigte Sache.
- Ad 4.: Die vom OGH herangezogenen Rechtsprechungsausnahmen (4 Ob 86/08p; RIS-Justiz RS0053282) sind ihrerseits grundsätzlich zu hinterfragen. Weiters hat der Mieter in 4 Ob 86/08p ohnehin tatsächlich reparieren wollen. Noch verfehler ist der Bezug auf RIS-Justiz RS0053282, wo gerade auf die nicht „nicht-fiktiven Reparaturkosten“ abgestellt wird.
- Ad 5.: **Der (unzulässige) Methodenwechsel von objektiv-konkreter Berechnung im Allgemeinen zur abstrakten Berechnung bei den Wiederbeschaffungskosten ist evident.** Der wörtlich zitierte Satz des OGH ist falsch: Wird dem Enteigneten der Verkehrswert ersetzt, ist die **Vermögensdifferenz** ausgeglichen. Nur wenn ein Ersatzgrundstück angeschafft wird, fallen Wiederbeschaffungskosten an. **Werden diese ohne tatsächliche Wiederbeschaffung ersetzt, ist der Enteignete eindeutig bereichert.**

## 2. Bewertungsfragen

Im Fall der Entscheidung **OGH 6 Ob 121/10b vom 1. 9. 2010 (Übernahmepreis im Anerbenrecht)** macht die klägerische Noterin gegenüber dem beklagten Bruder

Pflichtteilergänzungsansprüche bezüglich der diesem von der Erblasserin geschenkten Liegenschaften geltend. Eine dieser Liegenschaften ist ein geschlossener Hof gemäß § 1 Tiroler HöfG (besonderer Bewertungszweck). Übernahmewert ist demnach so zu bemessen, dass der „Übernehmer wohl bestehen kann“. Der Ertragswert ist angemessen zu berücksichtigen, aber nicht die einzige Richtschnur. Hier ist der geschlossene Hof nur formalrechtlich bestehend (eingetragen in der Höfeabteilung des Hauptbuchs), nicht aber tatsächlich existent.

Nach dem **OGH** ist der Übernahmewert **zwischen dem Ertragswert und dem Verkehrswert** festzusetzen. Da die Liegenschaft im örtlichen Raumordnungskonzept als Gewerbegebiet vorgesehen ist und Bauerwartungsland vorliegt, sei nach dem Erstgericht ein Mischwert zwischen Ertrags- und Verkehrswert als Gewerbegebiet anzunehmen. **Das Berufungsgericht verneint die Konkretisierung als Bauerwartungsland.** Der OGH nimmt auch bei der Pflichtteilsermittlung unter bestimmten Voraussetzungen Bauerwartungsland an: Parzellierung und Aufschließung müssen rechtlich und tatsächlich möglich sein und aufgrund besonderer Umstände in naher Zukunft (sic!) wahrscheinlich sein. Maßgeblicher Zeitpunkt sei der des Todes des Erblassers. Ob Bauerwartungsland gegeben ist, sei Rechtsfrage.

Wenn ein wirtschaftlicher und funktioneller Zusammenhang mit dem geschlossenen Hof besteht, sei der Pflichtteilsberechnung der Ertragswert zugrunde zu legen (sonst Verkehrswert); hier sei der Verkehrswert maßgeblich, weil es sich um einen nicht existierenden Hof handle.

**Anmerkung:** Dem 6. Senat ist meines Erachtens in allen Punkten zuzustimmen. Hier ist der Mischpreis wegen anderen Bewertungszweckes gerechtfertigt („wohl bestehen“)!

Im Fall der Entscheidung **OGH 2 Ob 68/09b vom 29. 10. 2009 (Bewertung eines lebenslänglichen Wohnrechts)** hat der Kläger seiner Frau und seiner Tochter ein Wohnrecht auf seiner bebauten Liegenschaft eingeräumt. Er begehrt Löschung dieses Wohnrechts, da ein Scheingeschäft vorliege. Erst- und Zweitgericht haben der Klage stattgegeben, wobei das Zweitgericht von der Rechtsmittelbeschränkung des § 501 ZPO ausging (keine Behandlung der Tatsachenrüge und keine mündliche Berufungsverhandlung). Es liege keine krasse Unterbewertung (nicht über € 4.000,-) vor.

Der OGH hat gegenteilig entschieden. Die Bewertung des Wohnrechts sei nach der Lebensdauer des Berechtigten nach versicherungsrechtlichen Grundsätzen zu ermitteln. Derzeit sei die amtsbekannte Lebenserwartung von Frauen rund 82,87 Jahre (so das Berufungsgericht), sodass hier von einer Lebenserwartung (Jahrgang 1964) von weit über 30 Jahren auszugehen sei. Daher sei das Wohnrecht offenbar unterbewertet.

**Anmerkung:** Die Lebenserwartung von Männern liegt in Österreich derzeit (2011) bei 77,4 Jahren.

### 3. Haftung des Sachverständigen

Der Entscheidung OGH 3 Ob 79/10d vom 4. 8. 2010 (Bewertung der Sicherheit von I.-Aktien – Haftung des Sachverständigen; veröffentlicht in SV 2011/1, 29) liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Eine ob-sorgeberechtigte Mutter legt für ihre Kinder Geld in I.-Aktien an. Ein Vermögensberater hat ihr 2 Seiten eines Gutachtens des Beklagten vorgelegt. Aufgrund dieser 2 Seiten hat das Pflugschaftsgericht die Veranlagung genehmigt. Der OGH hat die Haftung des Sachverständigen abgelehnt, da der klagende Verein für Konsumenten-information die Unrichtigkeit des Gutachtens nicht ausreichend behauptet und bewiesen habe.

**Anmerkung:** Die Entscheidung des OGH ist insofern von allgemeiner Bedeutung, als zu Recht die Richtigkeit eines Gutachtens *ex ante* und nicht *ex post* zu beachten ist. Weiters ist natürlich das gesamte Gutachten maßgeblich (und nicht nur die 2 vorgelegten Seiten).

Die Entscheidung OGH 8 Ob 127/10z vom 22. 2. 2010 verneint die Haftung des Sachverständigen bei Selbstlosigkeit. Der Kläger will ein Gemälde erwerben, das angeblich von *Alfons Walde* stammt. Auf der Gemälderückseite befindet sich der Nachlasstempel mit Echtheitsbestätigung der Tochter des Malers (Hausfrau). Echtheitsbestätigungen der Tochter sind – obwohl sie über keine entsprechende Ausbildung verfügt – deren ständige Praxis. Der Kläger sucht tatsächlich die Tochter auf, die abermals freiwillig und unentgeltlich eine handschriftliche Echtheitsbestätigung gibt. Der Kläger erwirbt daher das Bild um € 28.000,-, das sich später als Fälschung herausstellt.

Der Kläger begehrt von der Tochter Schadenersatz. Das Erstgericht weist die Klage ab, das Berufungsgericht gibt dieser statt. Die Tochter habe ein eigenes Interesse an der Glaubwürdigkeit ihrer Expertisen in der „Kunstszene“. Der OGH hat die Klage abgewiesen. Nach § 1300 ABGB haftet der Ratgeber auch für Fahrlässigkeit innerhalb einer Sonderbeziehung, wenn der Rat „gegen Belohnung“ erfolgt (nicht aus reiner Gefälligkeit, Selbstlosigkeit). Auch ein sonst gewerblich Tätiger könne aber im Einzelfall selbstlos handeln. Selbst bei eigenem Interesse der Tochter (Profit in Kunstszene) sei daraus keine Sonderbeziehung zum Kläger abzuleiten. Die Beklagte hätte auch die Bedeutung ihrer Bestätigung nicht erkennen müssen.

**Anmerkung:** Selbstlosigkeit schützt also vor Haftung (außer bei Vorsatz). Meines Erachtens ist allerdings ein „Echtheitsstempel“ eine Gefahrenquelle, sodass eine Verkehrssicherungspflicht verletzt sein könnte.<sup>11</sup>

### 4. Varia

Um das Bild abzurunden zwei VwGH-Entscheidungen zu Ortsbildgutachten:

- **VwGH 2010/06/0115 vom 23. 9. 2010 (Fotodokumentation):** Ein Ortsbildgutachten (hier: zur Bewilligung einer Ankündigungsanlage „Scrolling Board“) muss nicht zwingend eine Fotodokumentation enthalten. Bei ausreichender Fotodokumentation kann die verbale Darlegung knapper ausfallen, sonst ist diese umfangreicher zu gestalten.

- **VwGH 2008/06/0093 vom 17. 8. 2010 (Schlüssigkeit von Ortsbildgutachten):** Bei der Beurteilung des Ortsbildes (21 m hohe Mastkonstruktion aus feuerverzinkten Rundrohren – Sichtbeziehungen zur Wallfahrtskirche) ist es nicht von Bedeutung, welche konkrete Aussicht sich aus bestimmten Fenstern von Wohngebäuden bietet. Die Bestimmungen über die Anforderungen an Bauwerke in Hinblick auf das Ortsbild haben vielmehr zum Gegenstand, wie sich ein Bauwerk im öffentlichen Raum, gesehen von diesem, darstellt und auf diesen auswirkt. Für die Schlüssigkeit eines Gutachtens hinsichtlich der Frage der Auswirkung einer Anlage auf das Ortsbild ist erforderlich, dass der Gutachter das relevante Straßenbild bzw Ortsbild in seinem Befund nach sachlichen Gesichtspunkten nachvollziehbar abgrenzt (VwGH 21. 7. 2005, 2005/05/0119; 24. 10. 2006, 2005/06/0124). Es ist zwar möglich, dass es sich dabei um ein sehr weitreichendes Gebiet handelt, und ebenso, dass auch die Dachlandschaft eine Rolle spielt. Es bedarf aber jedenfalls einer sachlichen Begründung, weshalb das für die Beurteilung entscheidende Gebiet im Hinblick auf die gegenständliche Anlage insgesamt von Bedeutung ist, wobei es auf die Ansicht dieses Gebietes ankommt, nicht aber bloß auf Sichtbeziehungen aus diesem Gebiet heraus bzw über dieses Gebiet womöglich hinweg.

### Anmerkungen:

- <sup>1</sup> Siehe dazu kritisch *Kerschner*, Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2010, SV 2010, 123 (124 f) und ebenso kritisch *E. Wagner*, RdU 2010, 69.
- <sup>2</sup> Es folgen auch Ausführungen zur unmittelbaren Wirkung der FFH-Richtlinie bzw Vogelschutz-Richtlinie (daraus kein Entschädigungsanspruch) und zur neuen Grundrechtscharta der EU: Diese sei wie die EMRK auszulegen (daher nur Eigentumseingriff unzulässig, wenn faktischer Entzug des Eigentums bzw bei praktischer Unmöglichkeit, seiner wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen).
- <sup>3</sup> Vgl dazu schon *Kerschner*, Ausgewählte Fragen der Enteignungsentschädigung, SV 2011, 6 (15).
- <sup>4</sup> Vgl näher *Kerschner*, SV 2011, 12 f mwN.
- <sup>5</sup> Vgl *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2010) § 365 Rz 10 mwN.
- <sup>6</sup> Vgl wieder zuletzt *Kerschner*, SV 2011, 12 ff.
- <sup>7</sup> Vgl wieder näher *Kerschner*, SV 2011, 12 ff.
- <sup>8</sup> Ausführlich zum Problem *Kerschner*, Der merkantile Minderwert bei der Liegenschaftsbewertung – das Unbehagen des Käufers, SV 2007, 174.
- <sup>9</sup> *Kerschner*, Funktion der Liegenschaftsbewertung bei der Bemessung der Enteignungsentschädigung, SV 2006, 156 (162).
- <sup>10</sup> *Roth*, Doppelentschädigung und fiktive Grundwiederbeschaffungskosten, ZVR 2007, 360 (364).
- <sup>11</sup> Vgl auch Anmerkung *Kerschner*, JBl 1991, 249: Ziviltechniker „gibt Siegel und Namen her“; zur Haftung der Sachverständigen gegenüber Dritten vgl zuletzt *Kletečka*, Die Haftung von Gutachtern gegenüber Dritten, in FS Reischauer (2010) 287.

### Korrespondenz:

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