

Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2013*

Schwerpunkte in der höchstgerichtlichen Judikatur, die zwischen Mai 2012 und April 2013 ergangen ist, sind Rechtsfragen der Enteignung, der Entschädigung und der Sachverständigenhaftung.

1. Enteignung und Entschädigung

Gegenstand der Entscheidung des **OGH vom 20. 11. 2012, 10 Ob 43/12i**, ist die gerichtliche Festsetzung der Höhe der Enteignungsentschädigung infolge der zwangsweisen **Begründung einer Tunnel servitut** ohne Bauverbot auf Dauer hinsichtlich einer Teilfläche von 95 m². Weiters sind die vorübergehende Beanspruchung einer weiteren Teilfläche von 85 m² sowie der Verbleib von unterirdischen Bauhilfsmaßnahmen aller Art zu dulden.

Das Erstgericht setzt die Enteignungsentschädigung mit € 13.400,- fest, was vom Rekursgericht bestätigt wird. Der OGH betont, dass der Sachverständige mangels einer Belastung des verbaubaren Bereichs der betroffenen Liegenschaft im vorliegenden Fall **nur den Bodenwert als Grundlage** für die Ermittlung der Entschädigung herangezogen habe. Als Vergleichsliegenschaften dienen ausschließlich unbebaute/abbruchreife Objekte. Der Wert der Baulichkeit sei unberücksichtigt geblieben. Der OGH ergänzt, dass es sich bei der Auswahl der Bewertungsmethode um die „*Kernaufgabe der Sachverständigentätigkeit*“ handle. Die im konkreten Fall vom Sachverständigen gewählte Methode, die Wertminderung in Bezug zum **Bodenwert der gesamten Liegenschaft** zu setzen und einen prozentuellen Abschlag vom Wert der von der Servitut direkt in Anspruch genommenen Grundstücksfläche vorzunehmen, widerspreche weder den Gesetzen der Logik noch beruhe sie auf mit der Erfahrung unvereinbaren Schlussfolgerungen. Dass bei anderen Sachverhalten (etwa jenen, die den Entscheidungen 8 Ob 141/09g und 6 Ob 171/09d zugrunde lagen) jeweils keine zusätzliche Wertminderung der verbleibenden, von der Tunnel servitut nicht unmittelbar in Anspruch genommenen Grundstücksflächen feststellbar war, gehöre zum Tatsachenbereich und lasse nicht die Schlussfolgerung zu, dass diese Situation auch im vorliegenden Fall gegeben sei. Auch aus der Entscheidung 1 Ob 236/11d sei keine generelle Wertermittlungsmethode des Sachverständigen ableitbar. Ob die als

Vergleichsliegenschaften herangezogenen Grundstücke tatsächlich vergleichbar sind, könne als Tatsachenfrage vom OGH nicht überprüft werden. Einzelfallabhängig sei schließlich der Prozentsatz, mit welchem die Beeinträchtigung der direkt betroffenen Grundstücksfläche berücksichtigt werde.

Anmerkung: Der OGH „akzeptiert“, dass auch bei Tunnel dienstbarkeiten auf die Wertminderung der gesamten Liegenschaft abgestellt wird und nicht nur auf den unmittelbar in Anspruch genommenen Teil.

Das ergibt sich eindeutig aus den unbeanstandet übernommenen Feststellungen der ersten Instanz: *„Eine Aussage über den daraus sich ergebenden Vermögensnachteil der indirekt belasteten Fläche kann erst nach vollständiger Inbetriebnahme der Tunnelröhre getroffen werden.“* Und rechtlich führt das Erstgericht aus: *„Da das EisbEG ausdrücklich auf die Wertminderung der verbliebenen Grundfläche Rücksicht nehme, komme eine gedankliche Abtrennung des von der Dienstbarkeit betroffenen Teils von 95 m² nicht in Frage.“*

Das muss auch bei Leitungsrechten gelten, bei denen an eine aus Deutschland stammende, aber heute längst überholte Entschädigungsmaxime nur beim Servitutsstreifen ansetzen will; vgl auch OGH 28. 9. 2011, 7 Ob 145/11s: *„Wiederholt hat der OGH schon ausgesprochen, dass bei teilweiser Enteignung ... auch auf die Wertminderung der dem Enteigneten verbleibenden Teile seines Grundbesitzes Bedacht zu nehmen ist. Das gilt auch, wenn – wie hier – nicht eine Liegenschaft enteignet, sondern nur im Enteignungsweg über einen Teil derselben eine Dienstbarkeit begründet wird.“*

Ausgangspunkt der Entscheidung des **OGH vom 21. 2. 2013, 9 Ob 9/13h**, ist die **Unterbrechung des Enteignungsentschädigungsverfahrens wegen Wiederaufnahme des Enteignungsverfahrens**.

Nach den Ausführungen des OGH ergibt sich die Notwendigkeit der Unterbrechung bereits aus der Struktur des Enteignungs- und Entschädigungsverfahrens nach § 15 Abs 1 Salzburger Landesstraßengesetz 1972. § 15 Abs 1 lit c weise die Überprüfung der Entschädigungssumme dem Gericht zu, während die Frage, ob die Enteignung als

* Leicht überarbeitete Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 28. 4. 2013 beim Brandlhofseminar gehalten hat. Für ganz wesentliche Vorarbeiten dankt der Autor seiner Mitarbeiterin Univ.-Ass. Mag^a. *Melanie Schlager* sehr herzlich.

solche zu Recht erfolgt ist, im Verwaltungsweg zu überprüfen sei. Damit bilde der Enteignungsbescheid eine „*tatbestandliche Voraussetzung für die Einleitung des Gerichtsverfahrens*“.

Da dem Gericht bei einer erfolgreichen Wiederaufnahme des Enteignungsverfahrens bis zu dessen Abschluss keine Kognitionsbefugnis über die Entschädigungssumme zukomme, wäre es verfahrensökonomisch verfehlt – so der OGH –, das Entschädigungsverfahren mit dem Risiko einer nachträglichen Wirkungslosigkeit fortzuführen. Die Unterbrechung des Verfahrens vor dem Erstgericht bis zur materiell rechtskräftigen Entscheidung über die Wiederaufnahme des Enteignungsverfahrens bzw des Enteignungsverfahrens selbst sei demnach rechtmäßig erfolgt.

Anmerkung: Dem OGH ist uneingeschränkt zuzustimmen: Ohne Enteignung keine Entschädigung und daher auch keine Zuständigkeit des Gerichts aufgrund der sukzessiven Kompetenz. Eine andere Entscheidung würde wohl auch dem Gewaltenteilungsprinzip und damit der Verfassung widersprechen. Diese Rechtslage gilt nicht nur nach dem Salzburger Landesstraßengesetz 1972, sondern bei allen Enteignungen.

Der Entscheidung des **OGH vom 4. 7. 2012, 5 Ob 108/12m**, liegt die Teilenteignung eines Grundstücks zugrunde, wobei auf der Gesamtliegenschaft eine Höchstbetragshypothek einverleibt ist. Nach gerichtlicher Hinterlegung des Entschädigungsbetrags und schriftlicher Zustimmung der Hypothekargläubigerin zur Ausfolgung an den Eigentümer wird diese Ausfolgung genehmigt. Nunmehr wird die lastenfreie Ab- bzw Zuschreibung des enteigneten Grundstücks beantragt, welche das Erstgericht mangels einer Zustimmung der Buchberechtigten nach § 3 Abs 1 LiegTeilG abweist. Das Rekursgericht teilt diese Rechtsansicht.

Der OGH hält zunächst fest, dass sich aus dem Zusammenhang von §§ 5, 22 Abs 2 und § 34 Abs 2 EISbEG der grundsätzliche Untergang der verbücherten Pfandrechte mit der Enteignung ergebe. Jedoch verschaffe nicht schon der Erlag bzw die Zahlung der Entschädigungssumme das **Eigentum**, sondern **erst der tatsächliche Vollzug der Enteignung durch freiwillige Besitzübernahme oder zwangsweise Besitzeinweisung nach Leistung der Entschädigung**. Vor dem Vollzug der Enteignung als Modus des Rechtserwerbs sei das Recht eines dinglich Berechtigten noch aufrecht. Eine konstitutive Einverleibung vor Vollzug bedürfe demnach eines Nachweises der Zustimmung des hier noch berechtigten Pfandgläubigers. Mangels dieser scheitere das Gesuch um lastenfreie Ab- und Zuschreibung des Grundstücks zur Liegenschaft der Antragstellerin an der fehlenden Zustimmung der Hypothekargläubigerin.

Anmerkung: Gegenüber früherer ständiger Judikatur nimmt nunmehr der OGH (vgl auch schon OGH 10. 2. 2009, 5 Ob 234/08k) mit der herrschenden Lehre Eigentumserwerb bei der Enteignung erst mit entsprechendem

Modus (freiwillige Besitzübernahme oder zwangsweise Besitzeinweisung) an. In der Zustimmung der Hypothekargläubigerin zur Ausfolgung des Entschädigungsbetrags eine konkludente Zustimmung zur konstitutiven Einverleibung vor Vollzug zu sehen, wird wohl an den strengen grundbuchsrechtlichen Formerfordernissen scheitern.

In der Entscheidung des **OGH vom 14. 9. 2011, 5 Ob 169/11f**, befasst sich dieser mit der Berechnungsart und der Höhe des im Entschädigungsfestsetzungsverfahren zu ermittelnden **Verkehrswerts eines Grundstücks**. Die **Wahrscheinlichkeit**, dass die gegenständliche Liegenschaft wie bisher als **agrarisches genutzte Fläche**, als begünstigtes Agrarland bzw Freizeifläche oder als Betriebsbaugelände verwendet wird, ist hier **jeweils gleich hoch**.

Wie der OGH mit Verweis auf seine ständige Rechtsprechung ausführt, sind für die Bewertung eines Grundstücks neben der bestehenden Widmung auch realistisch beurteilte **künftige Verwendungsmöglichkeiten** entscheidend, **wenn diese bereits Auswirkungen auf den Marktwert** haben. Erwartungen auf dem Grundstücksmarkt seien dann bereits preisbestimmend, wenn sie nach der Verkehrsauffassung schon zum Zeitpunkt der Enteignung ein zusätzliches werterhöhendes Moment darstellen. In diesem Zusammenhang werde die Abzinsungsmethode künftig realistischer Verwendungsmöglichkeiten nach Zeitfaktor und Unsicherheit der möglichen Umwidmung, wie sie der Sachverständige im vorliegenden Fall angewendet hat, gebilligt.

Anmerkung: Wie schon früher ausgeführt, hat die ständige Rechtsprechung immer „*hohe Wahrscheinlichkeit*“ der Umwidmung verlangt; gleiche Wahrscheinlichkeit entspricht dem nicht; es darf hier daran erinnert werden, dass es sich bei den Kriterien des Bauerwartungslands um **Rechtsfragen** handelt; zutreffend OGH 6. 7. 2011, 3 Ob 46/11b (STEP Wien); 1. 9. 2010, 6 Ob 161/10k. Zu den Kriterien des Bauerwartungslands näher *Kerschner*, Bauerwartungsland, ZLB 2013, 65.

VwGH 29. 1. 2013, 2011/05/0163: Aufgrund eines **elektrizitätsrechtlichen Bewilligungsbescheids** zum Bau und Betrieb einer elektrischen Leitungsanlage („20-kV-Kabellegung Flughafen Wien“) werden im Enteignungsweg zur Sicherung der Errichtung, des Bestands, des Betriebs und der Instandhaltung der Leitungsanlage zulasten der jeweiligen Grundstückseigentümer nach dem NÖ Starkstromwegegesetz **Dienstbarkeitsrechte** eingeräumt.

Der VwGH trifft im Zusammenhang mit seiner die Beschwerde abweisenden Entscheidung folgende Aussagen: Nach Rechtskraft des Baubewilligungsbescheids sei **im Enteignungsverfahren lediglich zu überprüfen, ob die Enteignungsmaßnahmen** zur Durchführung des Baus und des Betriebs der Leitungsanlage **erforderlich sind**. Insofern seien mit Recht die Ausführungen des Amtssachverständigen der Entscheidung zugrunde gelegt worden, wonach sich die Einräumung der Dienstbarkeiten zwingend aus den elektrotechnischen Sicherheitsnormen er-

geben. Diese seien zur Absicherung der Leitungsanlagen geeignet und notwendig. Der Verlauf der Trasse sei bescheidmäßig festgelegt und die Servitutspläne würden den Vorgaben des Trassenverlaufs entsprechen. Überdies sei vom Enteignungsantrag auch ein 12 m breiter Arbeitsstreifen inklusive eines 2 m breiten Dienstbarkeitsstreifens umfasst gewesen. Auch eine Verletzung des Parteiengehörs könne nicht erkannt werden.

2. Bewertungsfragen

Der OGH beschäftigt sich in seiner Entscheidung vom **17. 10. 2012, 7 Ob 105/12k**, mit der **Art der Schadensberechnung bei Wildschäden**. Die Antragstellerin macht gegenüber dem Jagdleiter des genossenschaftlichen Jagdgebiets Wildschäden im Ausmaß von € 15.579,44 geltend.

Der **erstgerichtlichen Entscheidung** wird eine **objektiv-konkrete Schadensberechnung** zugrunde gelegt und infolge sachverständiger Bewertung die Differenz zwischen dem Ertragswert der Flächen ohne bzw mit Schaden in Höhe von € 3.675,- zugesprochen. Das Rekursgericht hebt die Entscheidung im angefochtenen Umfang auf. Das Ausmaß des Ersatzes für eine Einzelstammschädigung sei nach forstwirtschaftlichen Grundsätzen unter Bezugnahme auf die „Richtlinien der OÖ Landesregierung zur Bewertung von Verbiss- und Fegeschäden im Wald“ zu ermitteln.

Der **OGH** meint zwar, dass die landesgesetzlichen Jagdregeln die Fragen des Wildschadenersatzes nicht umfassend regeln. Entscheidend sei aber, ob der **oberösterreichische Landesgesetzgeber** die Berechnung des Wildschadens im Wald objektiv-abstrakt oder subjektiv-konkret vorsehe.

Gemäß § 68 Abs 1 OÖ JagdG sei bei der Ermittlung von Jagd- und Wildschäden der ortsübliche Marktpreis zugrunde zu legen. Wenn Jagd- oder Wildschäden an Bodenerzeugnissen, deren voller Wert sich erst zur Zeit der Ernte bemessen lässt, vor diesem Zeitpunkt verursacht werden, sei der Schaden nach Abs 2 der Bestimmung in dem Umfang zu ersetzen, **in dem er sich zur Zeit der Ernte darstellt**. Aufgrund dieser Regelung im OÖ JagdG leitet der OGH zwei Grundsätze für die Schadensberechnung ab. Und zwar sei einerseits der **objektive Marktpreis** zu ersetzen, was auf eine rein objektive Berechnung hinweise, andererseits seien einzelne Fälle aufgezählt, bei denen der Schaden nicht nach dem objektiven Wert zur Zeit der Schädigung, sondern nach dem konkreten Verlust des Geschädigten bei der Ernte zu ermitteln sei. **Für Wildschäden fehle eine derartige Sonderregelung.**

Die Bewertung habe vielmehr nach § 68 Abs 1 und 5 OÖ JagdG **unter Zugrundelegung des ortsüblichen Marktpreises** zu erfolgen, wobei eine Berechnung nach forstwirtschaftlichen Grundsätzen und unter Berücksichtigung, ob Verbiss-, Fege- oder Schälschäden, nur eine

Einzelstammschädigung oder **bereits** (!) eine Bestandschädigung oder gar eine betriebswirtschaftliche Schädigung eingetreten ist, vorzunehmen sei. Die Anwendung forstwirtschaftlicher Bewirtschaftungsgrundsätze bedeute nicht zwangsläufig, dass auf den konkreten forstwirtschaftlichen Betrieb abzustellen sei. Auch die Typisierung nach der Schwere des Eingriffs würde keinen Rückschluss auf die Art der Schadensermittlung erlauben. **Der OGH kommt zu dem Ergebnis, dass der Wildschaden nach der speziellen Schadensbemessungsregelung des § 68 Abs 1 und 5 OÖ JagdG objektiv-abstrakt zu berechnen sei.**

Von der OÖ Landesregierung herausgegebene, auf § 68 Abs 5 letzter Satz OÖ JagdG gestützte Richtlinien vom 1. 11. 2008 zur Bewertung von Verbiss- und Fegeschäden für pauschalisierte Betriebe würden eine Ermittlung der Schadenshöhe unter Berücksichtigung durchschnittlicher Kostenwerte je nach Pflanze, Schädigungsgrad, Wuchsalter, Kulturpflege und Standortgüte vorsehen. Hinsichtlich einer objektiv-abstrakten Berechnung führt der OGH auch ins Treffen, dass die Ermittlung des Werts der von Wildschäden betroffenen Forstpflanzen typischerweise mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sei.

Ergänzend wird auf zwei Erkenntnisse des VfGH verwiesen, wonach auch die niederösterreichischen Regelungen über den Ersatz von Jagd- und Wildschäden vom Grundsatz der objektiven Schadensberechnung beherrscht würden. Eine standardisierte Durchschnittsbetrachtung für die Ermittlung von Wildschäden werde verfassungsrechtlich als unbedenklich erachtet. Zudem habe auch der OGH selbst kürzlich in der Entscheidung 4 Ob 93/12y die objektiv abstrakte Berechnung der Höhe eines Wildschadens bejaht.

Anmerkung (Verfasser am Verfahren beteiligt): Die Richtlinien der OÖ Landesregierung haben den Ausschlag gegeben. Sie regeln aber nur die Einzelstammschädigung und dabei möglicherweise nur Vorgaben für den Befund, aber nicht das Gutachten.

Es ist bedauerlich, dass sich der OGH ausschließlich von der OÖ Landesregelung bzw von der Judikatur des VfGH hat leiten lassen und damit wieder – zumindest grundsätzlich – in eine fast schon als überholt zu wertende objektiv-abstrakte Schadensberechnung verfallen ist. Dabei stehen allgemein in Lehre und Rechtsprechung **alle Zeichen Richtung konkreter Berechnung**; vgl aktuell und zuletzt OGH 31. 1. 2013, 6 Ob 244/12v (zur Bewertung eines Geschäftsanteils): *„Der Vollständigkeit halber ist darauf zu verweisen, dass selbst die Befürworter der abstrakten Schadensberechnung einräumen, dass dieser Grundsatz an Grenzen stößt (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 349 f). Im Übrigen erfährt die Auffassung, dass dem Geschädigten der objektiv-abstrakte Schaden jedenfalls als Mindestersatz zustehe, zunehmend Kritik (vgl schon Wolff in Klang VI2 168; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1332 Rz 17; Kerschner, JBI 1990, 567; B. Jud, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung 234 ff; G. Kodek in Kletečka/*

Schauer, ABGB-ON § 1293 Rz 22; Kerschner in Jabornegg/Artmann, UGB² § 376 Rz 8; skeptisch auch Harrer in Schwimann, ABGB³ Vor §§ 1293 ff Rz 15; Leupold in Feinyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 367 Rz 36; aA Karner/Danzl in Koziol/Bydliński/Bollenberger³ § 1332 Rz 1). **Für diese Auffassung sprechen einerseits historische Erwägungen, weil es den Gesetzesverfassern um eine Beschränkung der Ersatzpflicht des Schädigers, nicht aber darum ging, dem Geschädigten einen Mindestsatz zu sichern** (B. Jud aaO; G. Kodek aaO 17 ff). Dazu kommt, dass die abstrakte Schadensberechnung **stets die Gefahr einer mit dem Schadenersatzrechtlichen Bereicherungsverbot unvereinbaren Überkompensation mit sich bringt.**“ (eigene Hervorhebung)

Dabei ist der OGH jedenfalls zum OÖ JagdG auch in keiner Weise an die aus dem Jahre 1994 stammende und zum NÖ JagdG ergangene Entscheidung des VfGH gebunden. So hat sich auch der OGH in seiner Entscheidung vom 26. 3. 1996, 1 Ob 507/96 (Christbaumkultur), nicht an diese VfGH-Judikatur gebunden gefühlt, diese auch nicht einmal im Ansatz berücksichtigt.

Analysiert man die Entscheidung des VfGH aus 1994 näher, so erkennt man, dass in Wahrheit eine ganz andere Frage im Vordergrund gestanden ist, nämlich ob das gesamte Vermögen oder ausschließlich Verhältnisse im konkreten Jagdgebiet maßgeblich waren. Auch wenn man Letztere für maßgeblich hält (was auch richtig sein wird), so ist das doch ebenfalls konkrete Berechnung.

Auch das VfGH-Erkenntnis vom 21. 9. 2010, B 239/09 ua, sagt letztlich nur, dass eine Durchschnittsbetrachtung nicht verfassungsrechtlich bedenklich sei, und es ging in der Hauptsache um die sachliche Differenzierung zwischen Forstbetrieben und landwirtschaftlichen Kulturen. Die pauschale Nichtberücksichtigung von 10 % der Zielbestockung wird gerade damit begründet, dass meist einzelne Bäume letztlich nicht ins Gewicht fallen.

Leider hat der OGH „subjektive“ und „objektiv-konkrete“ Berechnung verwechselt, gibt zu, dass sich „das Ausmaß der Beschädigung nach den konkreten Umständen bestimmt“!

Dass eine gewisse Pauschalierung bei der Einzelstamm-schädigung sinnvoll sein mag (sonst mehr Aufwand als Schaden), ändert nichts daran, dass Bestands- und Betriebsschädigung jedenfalls schwerere Eingriffe sind, und diese können nur konkret berechnet werden.

Die Frage der Wertermittlung soll nach dem OGH den Sachverständigen obliegen und soll dem Tatsachenbereich zuzuordnen sein. Ich teile diese OGH-Meinung zwar nicht zur Gänze, hier bietet sie aber in der Tat ein Einfallstor, dass die bisherige Praxis, die zu einer Bereicherung des Geschädigten geführt hat, doch grundsätzlich geändert wird.

Der Sachverständige braucht nur eine Methode der Bestandsschädigung oder der betriebswirtschaftlichen Schä-

digung (oder allgemein: Methode des Ertragswertverfahrens) anwenden.

Die Entscheidung des **LG Korneuburg vom 18. 2. 2013, 26 Nc 3/07w**, setzt sich mit der Zulässigkeit der Anwendung einer vom Sachverständigen Univ.-Prof. DI Dr. Karl Bochsichler neu entwickelten EDV-gestützten Methode zur Bewertung von An- und Durchschneidungsschäden („BB2“) auseinander. Diese Methode ermöglicht die Abbildung betriebsspezifischer und schlagspezifischer Verhältnisse.

Betont wird, dass das bislang im Bereich der Landwirtschaft herangezogene Programm „**LandR 78**“ **eine objektiv-konkrete Bewertung nicht gewährleisten** konnte, es mit dieser Methode aber nunmehr möglich sei, einzelbetriebliche Verhältnisse zu berücksichtigen, sodass es gelinge, eine objektiv-konkrete und hinsichtlich jedes Arbeitsgangs auch nachvollziehbare Bewertung der Nebenschäden durchzuführen. **Die Methode wird als wichtiger Schritt in Richtung objektiv-konkreter Bewertung der An- und Durchschneidungsschäden bezeichnet**, die im gegenständlichen Fall vom Sachverständigen zu Recht verwendet worden sei.

Anmerkung: Die für mich überhaupt nicht zu bestreitende Methode der objektiv-konkreten Berechnung auch bei landwirtschaftlichen Nebenschäden hat nun ein in der Praxis bewährtes Instrument gefunden. Die LandR 78 sollten damit auch in Österreich der Vergangenheit angehören. Literatur: *Bochsichler*, Bewertung von An- und Durchschneidungsschäden nach „Bochsichler II“ (BB2) (2012).

Der **Amtshaftungsentscheidung** des **LG Linz vom 14. 3. 2013, 31 Cg 62/12x**, liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Grundstücksteil einer Liegenschaft wird zugunsten der nunmehr klagenden Partei enteignet. Im gerichtlichen Entschädigungsfestsetzungsverfahren wird die klagende Partei verpflichtet, über die bereits bescheidmäßig zuerkannte Enteignungsschädigung in Höhe von € 11.875,50 hinaus eine weitere Entschädigung von € 12.539,31 zu zahlen. Die Annahme eines höheren Verkehrswerts ergebe sich aus dem Sachverständigengutachten, in dem der Enteignungsgegenstand der Kategorie „**Grünland mit Entwicklungspotenzial**“ zugeordnet wird. Das Rekursgericht gibt dem Rekurs, der sich gegen die Ermittlung der Enteignungsschädigung anhand der Kategorisierung „Grünland mit Entwicklungspotenzial“ wendet, nicht Folge und der Antrag auf nachträgliche Zulassung einer Revision wird zurückgewiesen. Mit dem gegenständlichen Klagebegehren wird Amtshaftung des Bundes geltend gemacht.

In Anlehnung an die Rechtsprechung des OGH wiederholt das LG Linz zunächst, dass für die Bewertung von Grundstücken nicht die öffentlich-rechtliche Frage der bestehenden Widmung, sondern der **Verkehrswert, also der am Markt erzielbare Preis** samt den sich auf **diesen auswirkenden künftigen Verwendungsmöglichkeiten maßgeblich** sei. Im Rahmen der Wertermittlung sei eine **wirtschaftliche Betrachtungsweise** maßgebend. Da im

vorliegenden Fall eine Umwidmung rechtlich möglich sei, könne das Entwicklungspotenzial der Liegenschaft werterhöhend wirken, sodass Marktwertsteigerungen in die Preiskalkulation einzubeziehen seien. Die Verwendung einer Kategorienbezeichnung schade insofern nicht. **Preisrelevant sei stets der Marktwert des Objekts basierend auf der Verwendung und den Verwendungsmöglichkeiten**, sodass innerhalb solcher Preiskategorien – etwa auch bei Bauerwartungsland – nach den Bewertungsmethoden des LBG vorzugehen sei. Die Ermittlung der Höhe des Verkehrswertes stelle eine Tatfrage dar. Ungeachtet dessen habe der OGH in 2 Ob 136/08a die Verwendung der Kategorie „Grünland mit Entwicklungspotenzial“ nicht abgelehnt, sodass selbst für den Fall, dass entgegen ständiger Rechtsprechung vom Vorliegen einer Rechtsfrage ausgegangen werde, diese nicht von erheblicher Bedeutung und ein ordentlicher Revisionsrekurs nicht zulässig wäre. Im Ergebnis wird hier eine Amtshaftung des Bundes verneint.

Anmerkung: Es darf erinnert werden, dass der 3. Senat (OGH 6. 7. 2011, 3 Ob 46/11b) und der 6. Senat (OGH 1. 9. 2010, 6 Ob 161/10k) die Kriterien des Bauerwartungslandes als **Rechtsfragen** qualifizieren (!) – und das in jüngster Zeit. Die Annahme einer „*wirtschaftlichen Betrachtungsweise*“ (wie im Steuerrecht) erscheint mir höchst bedenklich. Wir kennen nun immer mehr Kategorien von Grünland:

1. Grünland mit Entwicklungspotenzial;
2. Grünland in Baurandlage;
3. Grünland als Bauhoffnungsland;
4. Bauerwartungsland.

Vorrangig ist meines Erachtens dabei die Vergleichswertmethode. Alternative Methoden müssen dieser gleichwertig sein.

In der **Entscheidung vom 22. 6. 2012, 6 Ob 121/12f**, stellt der OGH klar, dass das in § 2 Kärntner **Erbhöfegesetz** genannte **Flächenausmaß von 5 ha** den landwirtschaftlichen Betrieb mittlerer Größe definiere und **ab dieser Untergrenze ein Erbhof** vorliege, ohne dass es noch auf einen erzielbaren Ertrag des Betriebs ankäme. Da im konkreten Fall eine Fortführung des Hofes betriebswirtschaftlich sinnvoll ist, sei der Übernahmewert unter Zugrundelegung **des Ertragswerts als Orientierungspunkt** dergestalt festzusetzen, dass die Übernehmerin wohl bestehen könne. Die Ermittlung eines höheren, nicht ausschließlich am Ertragswert orientierten Übernahmepreises würde von vornherein die Unmöglichkeit der Erhaltung eines lebensfähigen landwirtschaftlichen Betriebs voraussetzen.

Entscheidungsgegenständlich in **OGH 27. 2. 2013, 6 Ob 25/12p**, ist die Ermittlung eines **Abfindungsanspruchs** eines **Substanzgenussberechtigten**. Im Rahmen der Unternehmensbewertung stellt sich hier die Frage, **ob auf den Ertragswert oder einen diesen übersteigenden Li-**

quidationswert abzustellen ist, wenn eine Liquidation des Unternehmens tatsächlich nicht erfolgt.

Ausgehend davon, dass für die Wertermittlung keine gesetzlich vorgeschriebene Methode besteht, sieht das Höchstgericht durch die Zugrundelegung des Liquidationswerts hier keine „*grundsätzlich inadäquate (Bewertungs-) Methode*“ verwirklicht. Der OGH verweist hier zunächst darauf, dass der anzusetzende **Unternehmenswert nach herrschender Lehre nicht unter dem Liquidationswert** liegen dürfe, denn es handle sich dabei um den anlässlich einer Verwertung erzielbaren Mindestbetrag. Auch nach dem Fachgutachten zur Unternehmensbewertung (KFS BW I, Stand 1. 5. 2006) bilde der Liquidationswert die Wertuntergrenze, sofern nicht rechtliche oder tatsächliche Zwänge zur Unternehmensfortführung bestehen. Zu beachten sei des Weiteren, dass durch das Abstellen auf den Liquidationswert auch **Kurssteigerungen** an den mit dem Genussrechtskapital **erworbenen Beteiligungen** Berücksichtigung finden. Bei Ansetzung des niedrigeren Ertragswerts hingegen könnte die Gesellschaft zunächst die Genussrechtsinhaber zu diesem niedrigeren Wert abschichten und dann die Liquidation zum höheren Wert beschließen.

In dem der Entscheidung des **OGH vom 18. 9. 2012, 4 Ob 93/12y**, zugrunde liegenden Fall macht die Eigentümerin mehrerer Waldgebiete einen **Ersatz für Wildschäden** geltend. Entsprechend der beiden Wildschadensmeldungen begehrt sie auch im gerichtlichen Verfahren zunächst € 8.825,-, aufgrund der Bewertung durch den gerichtlichen Sachverständigen kommt es sodann im Zuge des Verfahrens zu einer Ausdehnung des Schadensbetrags auf insgesamt € 17.582,-.

Im Hinblick auf die Wertermittlung geht das Rekursgericht davon aus, dass es im Anlassfall auf die konkrete Ertragsituation nicht ankomme. § 68 Abs 5 OÖ JagdG sei vielmehr vom Grundsatz der objektiven Schadensermittlung beherrscht, sodass es keines Nachweises des konkreten, aus den Verbisschäden resultierenden Aufwands bzw des konkreten Verdienstentgangs bedürfe. Die Methode der Wertermittlung unterzieht der OGH keiner nachprüfenden Kontrolle. Hinsichtlich der **sukzessiven Gerichtszuständigkeit** führt der OGH aber aus, dass der Geschädigte durch die Entscheidung einer ziffernmäßigen Bewertung des Ersatzanspruchs im Verfahren vor der Jagd- und Wildschadenskommission **eine Einschränkung seines Ersatzanspruchs** auf die entsprechende Summe **auch im Außerstreitverfahren** vornehme. Eine Veränderung des Ersatzanspruchs im gerichtlichen Verfahren sei diesfalls nur mehr in den „*Grenzen der Identität der Sache*“, gemessen am zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff, möglich. Bei Bekanntwerden darüber hinausgehender Schäden müssten diese rechtzeitig unter Einhaltung des in §§ 69 ff OÖ JagdG geregelten Verfahrens geltend gemacht werden.

Anmerkung: Zum vertretenen Grundsatz der objektiven Schadensberechnung (gemeint: objektiv-abstrakten) siehe schon oben OGH 17. 10. 2012, 7 Ob 105/12k.

Auch dem Erkenntnis des **VwGH vom 20. 12. 2012, 2009/15/0033**, liegt letztlich eine Bewertungsfrage zugrunde. Der Beschwerdeführer ist Rechtsanwalt sowie wirtschaftlicher Eigentümer und Geschäftsführer einer GmbH. Die höchstgerichtlichen Ausführungen beziehen sich unter anderem auf den gewerblichen Grundstückshandel, wobei im Hinblick auf das Vorliegen gewerblicher Einkünfte die **Höhe des Einlagewerts eines Grundstücks strittig** ist.

Der VwGH erachtet es als zutreffend, dass im Sachverständigengutachten das Vergleichswertverfahren zur Bewertung herangezogen wird. Wertbestimmungsmerkmale bei unbebauten Grundstücken seien insbesondere die Lage, der Entwicklungszustand, die Art und das Maß der zulässigen baulichen Nutzung, der Erschließungsgrad, die Bodenbeschaffenheit, die Grundstücksgröße und -gestaltung. **Unterschiede** der wertbeeinflussenden Merkmale **zwischen dem Bewertungs- und dem Vergleichsgrundstück** seien durch **Zu- oder Abschläge** oder in anderer geeigneter Weise zu berücksichtigen. Wird ein Grundstück zum Vergleich herangezogen, das nach Ansicht des Gutachters in einem oder mehreren wertbestimmenden Merkmalen dem zu bewertenden Grundstück unterlegen ist – konkret geht es um eine markant schlechtere Bodenqualität –, so sei der Wertunterschied durch einen Zuschlag auszugleichen, um letztlich im Sinne einer Vergleichbarkeit zum Wert des Bewertungsobjekts zu gelangen. Die Abgabenbehörde sei verpflichtet, den Sachverhalt zu erforschen und amtswegig die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln. Indem die **Behörde** den eingewendeten und im Gutachten **dargelegten Aspekt der schlechten Bodenqualität** verworfen hat (und zwar mit dem Argument, die dichte Verbauung spreche dagegen), habe sie **bei der Bewertung Verfahrensvorschriften verletzt**, was die Aufhebung des Bescheids zur Folge habe.

3. Haftung des Sachverständigen

Allgemein ist der Judikaturerörterung voranzustellen, dass die Rechtsprechung tendenziell Sachverständigenhaftungen wieder eher ablehnend urteilt.

OGH 29. 11. 2012, 2 Ob 125/12i: Die klagende Bank macht im Zusammenhang mit einem angeblich falschen Gutachten über den Verkehrswert des Liegenschaftsvermögens der insolventen Kreditschuldnerin (einer Gesellschaft) im Zusammenhang mit einer Gründungsprüfung (Spaltung) bzw dem Jahresabschluss eine Schadenersatzklage gegen 1.) den Immobiliensachverständigen, 2.) den Gründungsprüfer und 3.) den Abschlussprüfer geltend.

Die Vorinstanzen kommen zu einem abweisenden Ergebnis. Der OGH weist die außerordentliche Revision mit folgenden Argumenten zurück: Den Sachverständigen treffe

zwar eine objektiv-rechtliche Sorgfaltspflicht zugunsten eines Dritten, wenn er damit rechnen muss, dass sein Gutachten die Grundlage für dessen Disposition bilden werde. Gleichzeitig sei aber Haftungsvoraussetzung, dass der Besteller des Gutachtens erkennbar gerade (auch) die Interessen eines oder mehrerer bestimmter Dritten bei der Bestellung des Gutachtens mitverfolgt. **Von einem erkennbaren Mitverfolgen der Interessen der kreditgewährenden Bank könne im vorliegenden Fall aber gerade keine Rede sein.**

Im Hinblick auf eine Haftung des Gründungsprüfers sowie des Abschlussprüfers führt der OGH aus, dass es grundsätzlich nicht deren Aufgabe sei, Grundstücksbewertungen von Immobiliensachverständigen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. **Demnach hafte ein Sachverständiger, der sein Gutachten erkennbar auf das Fachwissen eines anderen spezialisierten Sachverständigen stützt, den der Vertragspartner bezieht, regelmäßig nicht.**

Anmerkung: Der Entscheidung ist meines Erachtens im Ergebnis voll zuzustimmen. Der Dauerbrenner „Haftung eines Sachverständigen gegenüber einem Dritten“ bekommt langsam schärfere Konturen und engere Grenzen. In Wahrheit geht es natürlich nicht um objektiv-rechtliche Pflichten aus einem Vertrag (solche gibt es nicht), sondern um deliktische (Verkehrssicherungs-)Pflichten: Der Sachverständige hat hier der Bank keine Grube gegraben, er hat für ganz andere Zwecke begutachtet.

In dem der Entscheidung des **OGH vom 29. 5. 2012, 9 Ob 56/11t**, zugrunde liegenden Fall wurden in einem Zwangsversteigerungsverfahren Anteile an einer Liegenschaft verbunden mit Wohnungseigentum versteigert. Der nunmehr beklagte gerichtlich beauftragte Sachverständige hat den Verkehrswert der Wohnung mit € 83.000,- ermittelt, worauf die Anteile dem Kläger um ein Meistbot von € 60.000,- zugeschlagen werden. In dem Gutachten ist eine Belastung aus einem geförderten Sanierungsdarlehen unberücksichtigt geblieben, sodass der Verkehrswert der Eigentumswohnung richtig mit € 56.440,- zu ermitteln gewesen wäre, weshalb der Kläger Schadenersatz geltend macht.

Das Erstgericht gibt dem Begehren statt, wohingegen das Berufungsgericht abweisend entscheidet.

Der OGH betont, dass der Sachverständige, der nach § 141 Abs 1 EO iVm § 2 LBG die Schätzung eines Exekutionsobjekts vornimmt, den Verkehrswert der Sache korrekt zu ermitteln habe. Die Bestimmungen der EO in Verbindung mit jenen des LBG über die Schätzung des Exekutionsobjekts seien als Schutznormen iSd § 1311 ABGB zu qualifizieren. Deren Beachtung solle grundsätzlich auch Schäden des Erstehers zufolge der auf einer fehlerhaften Befundaufnahme beruhenden unrichtigen Bewertung des Exekutionsobjekts vermeiden, sodass auch die Vermögensinteressen des Erstehers im Zwangsversteigerungsverfahren vom Schutzzweck umfasst seien. **Im vorliegenden Fall verneint der OGH (in Anlehnung an Angst) ein schützenswertes Interesse des Klägers dahingehend,**

die Eigentumswohnung nach Maßgabe eines fiktiven Versteigerungsverlaufs um 72 % des richtigen Verkehrswerts erwerben zu können. Der Schutzzweck der Liegenschaftsbewertung sei bei wertender Betrachtung nicht auf die Entwicklung des Bietvorgangs als solche zu beziehen.

Absicht des Gesetzgebers sei es, die Versteigerungssituation im Exekutionsverfahren möglichst einem regulären Marktgeschehen anzunähern, nicht aber wolle dieser einen **besonders günstigen Erwerb unter dem Verkehrswert** fördern. Erfolge der Zuschlag an den Ersteher zu einem Meistbot, das wegen eines vom Sachverständigen hervorgerufenen Irrtums zwar unter dem überhöhten, **jedoch über dem richtigen Verkehrswert** liege, so habe der Sachverständige dem Ersteher gemäß § 141 Abs 5 EO für die **Differenz zum richtigen Verkehrswert** einzustehen (hier € 3.560,-). Die Differenz zwischen dem tatsächlichen und einem verhältnismäßig geringeren, aufgrund des richtigen Verkehrswerts angenommenen fiktiven Meistbot stehe dagegen nicht mehr im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflicht des Sachverständigen zur korrekten Verkehrswertermittlung, sodass der hier geltend gemachte Schaden nicht mehr dem beklagten Sachverständigen zurechenbar sei (der Beklagte hatte dem Kläger bereits € 3.600,- ersetzt).

Anmerkung: Vorweg ist hier richtigzustellen, dass es – entgegen den Unterinstanzen und auch anfänglich dem OGH – nicht um Kategorien des Vermögensschutzes geht, schon gar nicht um Vertrauens- oder Erfüllungsinteresse.

Nach ständiger Rechtsprechung wird eine Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten anerkannt, wenn der Besteller des Gutachtens für den Sachverständigen erkennbar gerade auch die Interessen des Dritten mitverfolgt.

Hier geht es allein um deliktische Haftung wegen Schutzgesetzverletzung (§ 141 Abs 1 EO und LBG). Richtig ist, dass der Ersteher die Liegenschaft zum ermittelten Verkehrswert bekommen soll. Das Bietverhalten und der Bietprozess sind aber Sache des Erstehers. In der Regel wird dieser nicht nachweisen können, dass er zum selben Prozentsatz des Schätzwerts ersteigert hätte. Gelingt ihm das aber ausnahmsweise, müsste er aber – nun entgegen dem OGH – die entsprechende Differenz ersetzt bekommen.

OGH 22. 6. 2012, 1 Ob 67/12b, und OGH 29. 5. 2012, 9 Ob 20/12z (SV 2012/3, 146): Der OGH befasst sich in diesen beiden Entscheidungen mit der Frage, ob ein Sachverständiger wegen eines bei der **Inventarisierung im Verlassenschaftsverfahren unrichtig erstellten Gutachtens** gegenüber dem Auflagebegünstigten haftbar gemacht werden kann.

Die Vorinstanzen verneinen hier jeweils den Rechtswidrigkeitszusammenhang. Dieser Auffassung folgt auch der OGH. Zwar anerkenne die ständige Rechtsprechung eine Haftung des Sachverständigen auch gegenüber Dritten, wenn eine Aussage erkennbar drittgerichtet ist, also ein

Vertrauenstatbestand vorliegt, der für den Dritten eine Entscheidungsgrundlage darstellen solle. Die **Normen über die Inventarisierung des Vermögens des Erblassers** im Verlassenschaftsverfahren sollen nach dem OGH aber nicht vor den hier geltend gemachten Schäden schützen. Der Zweck der Inventarisierung sei auf das Verlassenschaftsverfahren beschränkt. Bereits in 3 Ob 272/07g sei in diesem Zusammenhang festgehalten worden, dass das Inventar für die Berechnung eines Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsanspruchs und auch hinsichtlich des Ausmaßes einer Auflagenverpflichtung keine Wirkung habe. Dem Auflagebegünstigten stünden keinerlei durchsetzbare Ansprüche auf Auflagenerfüllung zu. Der Kläger sei weder materiell Berechtigter der Auflage noch habe er im Verfahren eine Parteistellung. Damit müsse aber der Sachverständige auch nicht davon ausgehen, dass sein allein zu Zwecken der Inventarisierung erstattetes Gutachten auch die außerhalb des Verlassenschaftsverfahrens gelegenen Interessen des Klägers mitverfolgen könnte. Der Sachverständige hafte in diesem Fall nicht.

Anmerkung: Auch hier wird zunächst – fälschlich – auf die Kategorien des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter abgestellt. Es geht aber wieder allein um die Schutzzwecke des Verlassenschaftsverfahrens. Nur mit Vorbehalt kann dieser Entscheidung bzw der Vorentscheidung zugestimmt werden. Gibt man dem Auflagebegünstigten tatsächlich keinen Anspruch (was meines Erachtens sehr fraglich ist), dann könnte die Entscheidung richtig sein (obwohl haftungsrechtlich wohl auch ohne subjektives Recht eine Vermögensposition ausreichen könnte). Dass auch Pflichtteilsberechtigte nicht im Schutzbereich des Verlassenschaftsverfahrens liegen, erscheint nicht überzeugend. Das bedürfte jedenfalls näherer Untersuchung.

OGH 19. 12. 2012, 6 Ob 238/12m: Der nunmehr Beklagte erstattete in einem Vorverfahren ein Sachverständigengutachten, ohne darauf hinzuweisen, dass er Präsident des Vereins war, bei dem auch der damals Beklagte Rechnungsprüfer war. Er wurde **wegen Befangenheit als Sachverständiger** enthoben.

Bereits das Berufungsgericht bejaht die Schadenersatzpflicht, da der Beklagte **trotz eines Nahverhältnisses zu einer Verfahrenspartei als Sachverständiger tätig geworden** ist. Dem pflichtet der OGH bei. § 355 ZPO verpflichte zwar nicht zu einer „Selbstablehnung“, doch habe der Sachverständige auf alle Gründe hinzuweisen, die eine unparteiische Führung seines Amtes auch nur theoretisch in Zweifel ziehen könnten. Die verfahrensrechtlichen Vorschriften, die auf eine Verwertbarkeit des Sachverständigengutachtens abzielen, bezwecken auch den Schutz der Parteien vor frustrierten Verfahrenskosten. Liegt die schädigende Handlung in der Veranlassung einer erfolgreichen Ablehnung, dann sei ein auf den Ersatz von Kosten des für nichtig erklärten Verfahrens (Abschnittes) gerichteter Schadenersatzanspruch auch nicht mit Hinweis auf einen öffentlich-rechtlichen Kostenersatzanspruch nach der ZPO zu verneinen.

Anmerkung: Dem OGH ist vorbehaltlos zuzustimmen. Die Entscheidung zeigt die Bedeutung der Befangenheit von Sachverständigen aufgrund des Naheverhältnisses zu einer Verfahrenspartei: Bei den neuen Verwaltungsgerichten sollen wieder primär weisungsabhängige Amtssachverständige tätig werden und eine Ablehnung ist nicht vorgehen!

In der Entscheidung des **OGH vom 11. 10. 2012, 1 Ob 171/12x**, erheben die Kläger, deren erwachsener Sohn Opfer einer Straftat wurde, unter anderem Schadenersatzansprüche gegen die beiden gerichtsmedizinischen Sachverständigen mit der Behauptung, diese hätten vorhandene Stichverletzungen offenbar übersehen und ein grob fehlerhaftes Gutachten erstattet.

Bereits die Vorinstanzen verneinen mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs eine Haftung und weisen das Klagebegehren ab. Der OGH hält die außerordentliche Revision für nicht zulässig. Der Zweck der Bestimmungen der StPO über die Untersuchung von Leichen würde nicht darin bestehen, den nahen Angehörigen eines Getöteten Aufwendungen zu ersparen, die ihnen durch Privatermittlungen entstehen. Auch depressive Störungen mit Krankheitswert aufgrund anhaltender Zweifel am Ergebnis des Obduktionsgutachtens, das die Todesursache nicht klären konnte, seien bei objektiv-typisierender Betrachtung in ihrer Eigenschaft, einen Schockschaden herbeizuführen, nicht mit den Fällen eines unerwarteten Todesfalls gleichzusetzen.

Anmerkung: Die meines Erachtens richtige Entscheidung zeigt, wie problematisch und ausufernd der grundsätzlich eingeschlagene Weg des Ersatzes von Schockschäden (Trauerschäden) sein kann. Die Entwicklung auf einer schiefen Ebene kann nur mit Mühe und punktuell im Einzelfall gestoppt werden.

Die Haftungsfrage wird auch im Fall der **OGH-Entscheidung vom 19. 9. 2012, 1 Ob 91/12g**, verneint. Organe einer Organisationseinheit der Klägerin, nämlich der Wildbach- und Lawinerverbauung, übernehmen unter Beziehung eigener Sachverständiger die Verantwortung für die **Maßnahmen zur Katastrophenbekämpfung**. Die vom Beklagten und vom Nebenintervenienten in den Krisenstab der Stadtgemeinde eingebrachten Vorschläge sollen aufgegriffen und auf ihre Umsetzbarkeit geprüft werden.

Aus der Entscheidung geht hervor, dass die Vorschläge des Beklagten nicht Anlass für die Heranziehung eigener Experten waren, sodass deren (allfällige) fachliche Unrichtigkeit überhaupt keine zusätzlichen Kosten verursachen konnte. Im Einklang mit der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts nimmt auch der OGH an, dass sich die Klägerin selbst mit der Erklärung, eigene Sachverständige einzusetzen und eine weitere gutachterliche Bearbeitung durch den Beklagten nicht mehr zu goutieren, aus dem geschützten Personenkreis herausgenommen habe. Der Beklagte habe im konkreten Fall nicht mehr davon ausgehen müssen, dass die Wildbach- und Lawinerverbauung

die von ihm im Krisenstab abgegebenen Empfehlungen zur Katastrophenbekämpfung ungeprüft umsetzen werde.

Der Entscheidung des **OGH vom 29. 5. 2012, 9 Ob 50/11k** (SV 2012/3, 144), liegt die **Errichtung einer Wohnungseigentumsanlage** aufgrund eines nach dem **Bauträgervertragsgesetz** (BTVG) abgeschlossenen Kauf- und Bauträgervertrages zugrunde. Die Klägerin als Erwerberin begehrt gemäß § 13 Abs 2 BTVG **von dem beim Bauvorhaben mit der Feststellung des Abschlusses der jeweiligen Bauabschnitte betrauten Sachverständigen Schadenersatz wegen einer an die Bauträgerin verfrüht freigegebenen Zahlung**.

Die Bejahung einer unmittelbaren Schadenersatzpflicht des beklagten Sachverständigen gegenüber der Klägerin durch die Vorinstanzen ist bereits rechtskräftig. Strittig bleibt nur die Höhe des zu ersetzenden Schadens. Der OGH weist die Revision zurück. Ausgeführt wird, dass das BTVG selbst keine näheren Regelungen zur Ersatzpflicht des Sachverständigen treffe, es jedoch **Sinn und Zweck der „Ratenplanmethode“ nach dem BTVG sei, eine Entsprechung zwischen den Zahlungen des Erwerbers und der Erhöhung des Werts der Liegenschaft bzw. des Liegenschaftsanteils durch die jeweils erbrachten Bauleistungen sicherzustellen**. Die Berechnung des Schadens nach § 13 BTVG sei nach allgemeinen Grundsätzen anhand einer Differenzrechnung zu ermitteln. Infolge Insolvenz der Bauträgerin gehe es im vorliegenden Fall um eine Fertigstellung des vertraglich bedungenen Bauzustands durch Ersatzvornahme, wobei 75 % der Rohinstallation ohnehin erbracht wurden und der festgestellte – auch bereits rechtskräftig zugesprochene – Fertigstellungsaufwand € 6.100,- betrage.

4. Varia

OGH 29. 9. 2011, 8 Ob 75/11d: Inhaltlich liegt dieser Entscheidung die Frage nach der **Testierfähigkeit** bzw. **Testierunfähigkeit** eines Erblassers zugrunde. Der OGH nimmt in diesem Zusammenhang zur prozessualen Bedeutung eines **Privatgutachtens** Stellung. Soweit sich nicht aus anderen Vorschriften Einschränkungen ergeben, müssten im Verlassenschaftsverfahren neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel berücksichtigt werden. Das Rekursgericht sei seiner Verpflichtung gemäß § 49 Abs 2 AußStrG nachgekommen, indem es sich mit den in zweiter Instanz neu vorgelegten Privatgutachten inhaltlich befasst habe. **Privatgutachten seien jedoch lediglich als Urkunden zu qualifizieren, die beweisen, dass ihr Inhalt der Ansicht des Verfassers entspreche. Unter Fachleuten könne es zum selben Sachverhalt durchaus unterschiedliche, mehr oder weniger gut begründete Ansichten geben.** Stehe ein **gerichtliches Sachverständigengutachten in Widerspruch zu einem Privatgutachten**, so könne sich das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung **dem gerichtlichen Gutachten anschließen, wenn ihm dieses schlüssig und sachlich begründet** erscheint. Eine vom

OGH aufgreifbare **Reversibilität** liege hier nicht vor. Eine solche wäre nämlich **nur** gegeben, wenn die Schlussfolgerungen eines Sachverständigen gegen zwingende Denkgesetze oder gegen die objektiv überprüfbaren zwingenden Gesetze des sprachlichen Ausdrucks verstoßen oder der Sachverständige erkennbar einen erheblichen Verhandlungsstoff außer Acht gelassen hätte.

Anmerkung: Eine gewisse „Herabwürdigung“ von Privatgutachten ist unverkennbar (nur Beweisurkunde, dass Verfasser den Inhalt so meint!). Die ausnahmsweise Reversibilität wird sehr eng gesehen. Ein Privatgutachter müsste sich wohl auf diese konzentrieren.

Im **Erkenntnis vom 14. 3. 2012, 2010/04/0038**, befasst sich der VwGH mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers, dass **Lärmmessungen aus dem Jahr 2000 nicht** für die Vorschreibung **zusätzlicher Auflagen** für seinen Gastgewerbebetrieb **im Jahr 2010** herangezogen werden dürften.

Bereits im Erkenntnis vom 28. 9. 2011, 2011/04/0117, hat der VwGH in einem ähnlichen Zusammenhang – nämlich hinsichtlich der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit einer Betriebsanlage – klargestellt, dass Sachverständigengutachten aus den Jahren 1999 bzw 2002 ohne neuerliche Befassung von Sachverständigen keine ausreichende Grundlage für die Entscheidung bilden können. Es sei nicht auszuschließen, dass sich die **Lärmsituation sowie der Stand der Technik bzw der Stand der medizinischen oder sonst in Betracht kommenden Wissenschaften** in dem nicht unbeträchtlichen **Zeitraum von 12 bzw 9 Jahren verändert habe**. Im vorliegenden Fall habe die belangte Behörde aber einen **Sachverständigen** mit der Fragestellung befasst, ob seit den schalltechnischen Erhebungen im Jahr 2000 **zusätzliche Schallemissionen** entstanden seien. Diese Vorgehensweise ist nach dem VwGH zulässig. Auch entspreche es der Verfahrensökonomie, ein Sachverständigengutachten zum Beweis dafür einzuholen, inwieweit projektbezogene bereits eingeholte Gutachten aufrechterhalten werden können. Nachdem der Sachverständige zu dem Schluss kommt, dass nicht anzunehmen sei, dass die Umgebungsgeräuschsituation im Bereich des verfahrensgegenständlichen Gastgewerbebetriebs durch den Betrieb neuer Gastgewerbebetriebe beeinflusst werde, begegne die Heranziehung der Messergebnisse aus 2000 im entschiedenen Fall keinen Bedenken.

Anmerkung: Volle Zustimmung.

OGH 2 Ob 38/12w, 28.6.2012

Die Entscheidung des **OGH vom 28. 6. 2012, 2 Ob 38/12w**, beschäftigt sich mit der Frage, in welcher Verfahrensart Ansprüche nach § 5 Abs 1 und 2 OÖ Waldbrandbekämpfungsgesetz durchsetzbar sind. Die Republik Österreich beantragt die gerichtliche Entscheidung dahingehend, dass sie nicht verpflichtet sei, die noch nicht beglichenen Kosten der Bekämpfung eines Waldbrands im Nationalpark Kalkalpen an die Gemeinde R. zu ersetzen.

Das Erstgericht führt ein Außerstreitverfahren durch, welches das Rekursgericht als nichtig aufhebt. Der OGH verweist zunächst auf den Grundsatz, wonach **alle** in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden **Sachen auf den Prozessweg** gehören, sofern **ein Gesetz nicht ausnahmsweise etwas anderes bestimme**. Notwendig sei eine ausdrückliche oder schlüssige Verweisung in das Außerstreitverfahren. Im konkreten Fall werde anhand eines Vergleichs mit den ausdrücklich eine sukzessive Kompetenz regelnden Normen deutlich, dass auch § 5 OÖ Waldbrandbekämpfungsgesetz eine sukzessive Zuständigkeit normiere. Insbesondere aufgrund der Überlegungen zur Novellierung des EisbEG durch das AußStr-BegleitG, BGBl I 2003/112, aber auch der Judikatur zu § 117 WRG sei ein mit der Regelung zum Ausdruck kommender innerer Zusammenhang und damit eine schlüssige Verweisung in das Außerstreitverfahren anzunehmen.

Anmerkung: Meines Erachtens ist die Zuweisung in das Außerstreitverfahren wegen der sachlichen Nähe zu den Fällen sukzessiver Kompetenz durch den OGH sinnvoll, wenngleich dogmatisch bei Zuständigkeitsfragen (schlüssige Verweisung) problematisch.

VwGH 23. 1. 2013, 2011/10/0047: Gegenstand dieser Entscheidung ist die Frage nach der Ersatzfähigkeit der **Kosten für die rechtsfreundliche Intervention und für die Beiziehung eines Privatgutachters** in einem **Bannlegungsverfahren** nach dem ForstG.

Vom VwGH wird im konkreten Fall ausgeführt, dass das ForstG – im Unterschied zu anderen Gesetzen zur Enteignungsentschädigung – nicht pauschal auf die Bestimmungen des EisbEG verweise. Eine sinngemäße Anwendung des EisbEG ordne § 31 Abs 4 ForstG nur hinsichtlich der konkret bezeichneten Vorschriften der §§ 4 bis 9 Abs 1 EisbEG an. Eine analoge Anwendung des § 44 EisbEG komme damit von vornherein nicht in Betracht.

Auch § 31 Abs 4 ForstG sehe keinen Ersatz von Vertretungs- und Beratungskosten vor. Der Wortlaut des Verweises in § 31 Abs 4 ForstG verwehre eine Interpretation dahingehend, dass im Verfahren zur Ermittlung der Entschädigung wegen Bannlegung ein Anspruch auf Ersatz von Vertretungs- und Beratungskosten aus einer Vorschrift erwachse, die einen solchen Anspruch dem Enteignungsgegner „im Enteignungsverfahren“ einräume.

Letztlich würden differenzierende Kostenersatzregelungen in verschiedenen, wenngleich gewissermaßen verwandten Verfahrensbereichen, auch nicht dem Gleichheitssatz widersprechen.

Anmerkung: In einem gewissen Gegensatz zur obigen OGH-Entscheidung sieht sich der VwGH hier streng an den Gesetzeswortlaut, konkret an den Verweisungsumfang des § 31 Abs 4 ForstG gebunden.

Meines Erachtens ist dem zu folgen, obwohl doch im Verhältnis zu den „sonstigen“ Enteignungsfällen eine unsach-

liche Differenzierung vorliegen könnte, die der VfGH aufgreifen könnte: Bannlegung ist doch materielle Enteignung.

In der sozialrechtlichen Entscheidung des **OGH vom 26. 6. 2012, 10 Obs 69/12p**, begehrt der Kläger mittels **Wiederaufnahmsklage die Zuerkennung einer Invaliditätspension**. Er stützt sich dabei auf einen erst **nach Schluss der mündlichen Verhandlung erstellten Computertomographiebefund des Gehirns** sowie die vom Privatgutachter daraus gezogene, vom Ergebnis des Gutachtens im Hauptprozess abweichende gutachterliche Schlussfolgerung.

Bereits das Erstgericht weist die Wiederaufnahmsklage zurück. Den diesbezüglichen Ausführungen des OGH ist zu entnehmen, dass einem nachträglich hervorgekommenen Befund, durch welchen die Urteilsgrundlagen vervollständigt würden, nicht von vornherein die Eignung als Wiederaufnahmegrund abgesprochen werden könne. Jedoch sei ein nachträglich beigebrachtes Gutachten dann keine neue Tatsache, wenn das Thema des Gutachtens bereits im Hauptprozess bekannt war. **In diesem Sinne könne eine Wiederaufnahmsklage nicht allein darauf gestützt werden, dass ein anderer Sachverständiger später ein abweichendes Gutachten erstattet.** Es bedürfte in diesem Fall weiterer Umstände. Genannt wird etwa der Nachweis, dass der im Hauptverfahren vernommene Sachverständige eine behauptete Zwischenerhebung in Wahrheit nicht durchgeführt habe oder dass **die jüngeren Gutachten auf einer seinerzeit unbekanntenen neuen wissenschaftlichen Methode** basieren. Im vorliegenden Fall seien die beim Kläger gegebenen medizinischen Einschränkungen infolge eines schweren Schädelhirntraumas und die sich daraus ergebenden Einschränkungen bereits im Hauptprozess bei der Erstellung der Gutachten zentrales Thema gewesen. Dass spätere Tatsachen die objektive Unrichtigkeit des Gutachtens ergeben, begründe für sich allein nicht den Wiederaufnahmegrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO.

Anmerkung: Die Entscheidung entspricht der ständigen Rechtsprechung; vgl schon *Kerschner*, Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2010, SV 2010/3, 123 (127 f und 130 f) mit Rechtsprechungsnachweisen.

VwGH 19. 12. 2012, 2010/06/0147, und VwGH 12. 11. 2012, 2011/06/0134: Diese beiden Entscheidungen sind inhaltlich sehr ähnlich. Es geht jeweils um **die Erteilung einer Bewilligung für die Errichtung und den Betrieb einer Werbeanlage**.

Die zur Frage einer **Störung des Ortsbilds** erstatteten Sachverständigengutachten erscheinen in beiden Fällen ergänzungsbedürftig. Im Hinblick auf den Ortsbildschutz sei ausschließlich die von der konkreten Werbetafel ausgehende Störung im Verhältnis zum allenfalls vorhandenen Orts- und Landschaftsbild maßgebend. **Das Vorhandensein einzelner störender Objekte bedeute nicht, dass weitere Eingriffe nicht als störend qualifiziert und deshalb untersagt werden könnten.**

Zu erwähnen ist auch, dass die Behörde nach Ansicht des VwGH bei Vorliegen **einander widersprechender Gutachten** grundsätzlich aufgrund eigener Überlegungen mit entsprechender Begründung einem Gutachten den Vorzug geben könne. Ist sie dazu aber nicht in der Lage, so könne sie **erst dann eine Entscheidung treffen, wenn sie den beigezogenen Amtssachverständigen dazu veranlasst hat**, sich mit den Aussagen des anderen Sachverständigen auseinanderzusetzen, um die gegen sein Gutachten vorgebrachte Kritik in jedem einzelnen Punkt zu widerlegen bzw entsprechende Anpassungen vorzunehmen. Unzulässig sei es, der Entscheidung ohne nachvollziehbare Begründung einer größeren Glaubwürdigkeit bzw Schlüssigkeit das Gutachten des Amtssachverständigen zugrunde zu legen. In beiden Entscheidungen liegt die zur Aufhebung des Bescheids führende inhaltliche Rechtswidrigkeit darin, dass die Behörde jeweils die Mängel des der Entscheidung zugrunde gelegten Gutachtens verkannt hat.

Anmerkung: Dem Amtssachverständigen wird damit offensichtlich „das letzte Wort“ gegeben, ohne dass der andere Sachverständige noch replizieren könnte. Noch deutlicher ist freilich der VwGH im Erkenntnis vom 13. 6. 2012, 2012/06/0046: *„Werden von der Behörde nicht nach Maßgabe des § 52 AVG Amtssachverständige oder bestellte sonstige Sachverständige herangezogen, sondern Gutachten anderer Sachverständiger (Privatgutachten) von einer Partei vorgelegt, so sind diese einer Überprüfung durch Sachverständige iSd § 52 AVG zu unterziehen, wobei gegebenenfalls dann aber nicht noch ein (zusätzliches) Gutachten eines Sachverständigen iSd § 52 AVG notwendig ist.“*

Im Erkenntnis des **VwGH vom 15. 5. 2012, 2009/05/0235**, wird ein **Bauvorhaben aus Gründen des Ortsbildschutzes versagt**.

Begründend führt der VwGH aus, dass die Frage der Berücksichtigung von Ortsbild und Baubestand eine Rechtsfrage darstelle, die für die Beurteilung dieser Rechtsfrage erforderlichen Sachverhaltsgrundlagen aber von einem Sachverständigen zu beurteilen seien. Im Sinne des § 52 AVG kommen als Sachverständige nur Menschen in Betracht, wobei aber auch eine Personengemeinschaft das Gutachten erstatten könne. Im konkreten Fall geht der VwGH davon aus, dass die **ständigen Mitglieder des Ortsbildbeirats** (bei den drei Personen handelt sich um den vorsitzenden Landesbeamten, den Träger des Landeskulturpreises für Architektur und den von den Bezirksbauämtern vorgeschlagenen Fachmann für Baufragen) die nötige Fachkunde zur Erstattung eines Sachverständigengutachtens hinsichtlich der Frage einer Störung des Ortsbilds aufweisen. Die erstatteten Gutachten zur Frage der Übereinstimmung des Bauvorhabens mit dem Orts- und Landschaftsbild **würden die Kriterien für ein begründetes Sachverständigengutachten erfüllen**, sodass sie diesen auch in der Wertigkeit gleichzustellen seien.

Auch hinsichtlich der im Erkenntnis des **VwGH vom 21. 12. 2012, 2012/03/0135**, zu beurteilenden Rechtsfrage, ob durch die Erweiterung eines schon bestehenden Geheges zur Haltung von Dam- und Rotwild die Jagdausübung in den umliegenden Jagdgebieten im Sinne des § 8 Abs 5 Kärntner Jagdgesetz wesentlich beeinträchtigt wird, ist die Behörde auf eine fachkundige Beurteilung der Sachverhaltsgrundlagen angewiesen. **Die Stellungnahmen des Landesjagdbeirats bzw die Befassung der Kärntner Jägerschaft seien nach Ansicht des VwGH zwar Beweismittel im Sinne des § 46 AVG, ihnen komme aber nicht die Qualität von Sachverständigengutachten zu.** Die Kriterien eines Sachverständigengutachtens seien nicht erfüllt, vielmehr geht der VwGH davon aus, dass die Ausführungen lediglich unter Hinweis auf nicht näher dargestellte Erfahrungen mit Wildgattern erfolgten und demnach als Abgabe bloß eines fachlichen Urteils anzusehen sind. Überdies besteht im konkreten Fall auch eine gewisse Widersprüchlichkeit zu den Ausführungen des Amtssachverständigen aus dem Bereich der Wildbiologie.

Der VwGH hebt im **Erkenntnis vom 18. 12. 2012, 2011/07/0190**, unter anderem hervor, dass aus dem allfälligen **Fehlen tiefergehender Darlegungen in einem Gutachten** zu einem bestimmten Teilaspekt jedenfalls **nicht ohne Weiteres der Schluss gezogen** werden könne, **dass die von den Sachverständigen gezogenen fachlichen Schlussfolgerungen nicht zutreffen.** Einem **Amtssachverständigen sei es im Übrigen auch gestattet**, auf Teile eines Einreichoperats bzw diesem beiliegende fachliche Äußerungen **zu verweisen** und diese damit zu einem Teil des eigenen Gutachtens zu machen. Ist ein Gutachten zu knapp begründet oder fehlen einzelne Aspekte,

so würde dies eine Ergänzungsbedürftigkeit aufzeigen, keinesfalls gerechtfertigt seien hingegen eigenmächtige, nicht von Fachwissen getragene Gegenschlüsse der Behörde.

Anmerkung: Auch hier scheint eine gewisse bevorzugte Behandlung von Amtssachverständigen nicht ausgeschlossen.

VwGH 11. 12. 2012, 2010/05/0200: Den Verfahrensgegenstand bildet hier die **baubehördliche Bewilligung für die Errichtung einer Lagerhalle für Stahlbetonteile** auf einem im Flächenwidmungsplan als „Bauland-Kerngebiet“ gewidmeten Grundstück. Die Beschwerdeführer befürchten eine dadurch bedingte im Vergleich zur früheren Nutzung erhöhte **Immissionsbelastung.**

Der VwGH weist darauf hin, dass aufgrund der Größe der Lagerhalle, der darin gelagerten Objekte, wegen des projektierten 10-Tonnen-Hallenlaufkrans, der Fenster und der Zufahrt zur Lagerhalle eine Gefährdung oder unzumutbare Belästigung im Sinne des § 48 NÖ BauO nicht von vornherein ausgeschlossen erscheine, sodass **für eine abschließende Beurteilung jedenfalls Sachverständigengutachten aus den Fachbereichen der Technik und darauf aufbauend wohl auch der Medizin einzuholen** sind. Die vorliegenden, bloß allgemeinen sachverständigen Ausführungen qualifiziert der VwGH als unzureichend.

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

Wichtig für alle im Jahr 2003 auf weitere 10 Jahre eingetragenen Sachverständigen und für alle im Jahr 2008 erstmalig allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen!

Wir machen darauf aufmerksam, dass alle Sachverständigen, die während des Jahres 2003 auf weitere 10 Jahre eingetragen wurden, sowie all jene, die im Jahr 2008 erstmalig allgemein beeideten und gerichtlich zertifiziert wurden, bis längstens Ende September 2013 den Antrag auf Verlängerung der Eintragung an die Präsidentin oder den Präsidenten des Landesgerichts, bei dem sie seinerzeit den Antrag auf Eintragung gestellt haben, zu richten haben.

Im Antrag sind die gerichtlichen Verfahren, in denen Sie seit Ihrer Eintragung, bei häufiger Heranziehung in einem maßgeblichen Zeitraum unmittelbar vor der Antragstellung, also etwa im letzten Jahr vor der Antragstellung, tätig geworden sind, mit Aktenzeichen und Gericht anzuführen. Der Rezertifizierungsantrag hat auch einen Hinweis auf die absolvierten Fortbildungsaktivitäten zu enthalten. Legen Sie daher auch – soweit vorhanden – dem Antrag einen Ausdruck des Bildungs-Passes bei.

Die Präsidentin oder der Präsident kann weitere Ermittlungen anstellen und ein Gutachten der Kommission nach § 4a SDG oder eine Äußerung eines qualifizierten Mitglieds dieser Kommission einholen.