

Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2017

Neben einer Auswahl aus über 60 höchstgerichtlichen Entscheidungen Sachverständige betreffend werden auch Fragen einer Ökologisierung des Mietrechts besprochen.

1. Haftung des Sachverständigen

Ganze sieben OGH-Entscheidungen zur Sachverständigenhaftung liegen im Berichtszeitraum vor:

1.1. OGH 16. 3. 2016, 3 Ob 258/15k – Haftung für unrichtiges Gutachten

Sachverhalt: Pultdachstühle werden bei einem Sturm im Jahr 2015 abgetragen.

Im **Vorprozess** klagt die GmbH, die den Dachstuhl errichtet und nach dem Sturm saniert hat, auf Zahlung des Werklohns für die Sanierung. Die Eigentümer der Wohnanlage wenden Schadenersatz wegen mangelhafter Konstruktion ein. Der nun von der Gebäudeversicherung beklagte Sachverständige ging von einer Windgeschwindigkeit von 160 km/h aus, die allein kausal gewesen sei, er erkannte aber einen gravierenden Konstruktionsmangel nicht (keine kraftschlüssige Verankerung). Die Wohnbaugenossenschaft verliert daher den Vorprozess (€ 71.000,-).

Im nunmehrigen **Hauptprozess** wird dieser Prozessverlust (der nach § 67 VersVG auf die Gebäudeversicherung übergegangene Anspruch) vom Sachverständigen eingeklagt. Das Erstgericht verneint die Haftung (eine solch hohe Windgeschwindigkeit sei nach einem meteorologischen Gutachten durchaus plausibel), das Berufungsgericht bejaht sie.

Der **OGH** hat ausgeführt:

Nach ständiger Rechtsprechung hafte ein vom Gericht bestellter Sachverständiger, der im Zivilprozess ein unrichtiges Gutachten abgibt, den Parteien gegenüber persönlich und unmittelbar nach §§ 1295 und 1299 ABGB für den dadurch verursachten Schaden (RIS-Justiz RS0026319). Der Schadenersatzanspruch setze unter anderem voraus, dass die Unrichtigkeit des Gutachtens **ausschlaggebend für die die Prozesspartei beschwerende Entscheidung war**. Dabei sei nicht zu prüfen, wie die in Frage stehende, unter Mitwirkung des Sachverständigen zustande gekommene gerichtliche Entscheidung richtig zu lauten ge-

habt hätte. Entscheidend sei allein, **welchen Einfluss ein sachlich richtiges Gutachten des Sachverständigen auf die Entscheidung gehabt hätte** (OGH 10. 4. 1986, 8 Ob 505/86; 14. 2. 2006, 4 Ob 228/05s). Diese Frage betreffe die Kausalität (RIS-Justiz RS0026360 [T6, T7 und T15]).

Verfahrensentscheidend sei somit, ob der für die Kausalität des Fehlverhaltens des Beklagten für den eingetretenen Schaden behauptungs- und beweispflichtigen Klägerin der Nachweis gelungen ist, dass die GmbH den Vorprozess gewonnen hätte, hätte der Beklagte als Gutachter dieses Vorprozesses die nun festgestellten Konstruktionsmängel des Daches vollständig aufgezeigt.

Entscheidende Frage sei somit die Kausalität des Nichterkennens des Konstruktionsmangels.

Der OGH verneint die Haftung der Sachverständigen, da die Kausalität seines unrichtigen Gutachtens nicht nachweisbar war (keine hohe Wahrscheinlichkeit).

Anmerkung: Meines Erachtens sprechen gute Gründe dafür, dass den Beklagten die Kausalität des rechtmäßigen Alternativverhaltens trifft (vgl auch *Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴, § 1295 Rz 40a).

1.2. Newsflash (Nicht-)Haftung

OGH 28. 4. 2016, 1 Ob 17/16f – prozessuale Sorgfaltspflichten der Prozessparteien dürfen nicht überspannt werden: Der Sachverständige beharrt trotz zahlreicher anderer Hinweise auf die Richtigkeit seines Gutachtens und legt sein Unvermögen nicht offen. Es liegt kein sorgloses Vorgehen der Prozesspartei vor, wenn sie erst nach erfolglosem Erörterungsversuch ein Privatgutachten einholt.

OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 141/16b – Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers: Als Sachverständiger im Sinne des § 1299 ABGB habe ein Makler dem Auftraggeber über sämtliche **wesentlichen Umstände** des Geschäfts zu unterrichten, es treffe ihn aber **keine besondere Nachforschungspflicht**, wenn keine Veranlassung besteht, an der Richtigkeit einer Information zu zweifeln (hier: Fehlen einer Baubewilligung bzw Benützungsbewilligung). Eine Aufklärungspflicht bestehe aber natürlich bei entsprechender Kenntnis (kein näherer Sachverhalt angegeben).

OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 141/16b – Dritthaftung des Sachverständigen bei Gutachten gemäß § 37 Abs 4 WEG 2002 (Auskunft über Erhaltungszustand der allgemeinen Teile des Hauses [hier: mangelhafter Keller]): Das Gutachten umfasst hier zwei DIN-A4-Seiten. Es ist ausdrücklich nicht auf den Keller bezogen und enthält keine zielgerichtete Untersuchung der Tragfähigkeit der Fundamente. **Der Gutachtensauftrag sei Maßstab, an dem die Tauglichkeit und Richtigkeit des Gutachtens zu messen ist.**

OGH 31. 8. 2016, 7 Ob 140/16p – Beginn der Verjährung eines Schadenersatzanspruchs gegen Sachverständigen nicht vor Zustellung des Berufungsurteils im Vorprozess: Das Ergebnis der gutachterlichen Tätigkeit eines Sachverständigen stehe erst mit Abschluss des Verfahrens endgültig fest.

OGH 22. 11. 2016, 5 Ob 131/16z – Haftung eines Sachverständigen für eine im Privatgutachten enthaltene unrichtige Bodenwertermittlung im Rahmen eines Sachwertverfahrens? Im Sachverständigengutachten für das Erbteilungsübereinkommen zweier Geschwister sollen auftragsgemäß zwei Liegenschaften als „*Einheit*“ bewertet werden.

Dazu der **OGH**: „*Der Sachverständige haftet grundsätzlich nicht, wenn das nach den Regeln der Wissenschaft erarbeitete Gutachten in der Folge nicht standhält.*“ (eigene Hervorhebungen). Aber ein Hinweis auf allfällige Risiken sei erforderlich (hier wird ein Erbe durch die „Einheitsbewertung“ bei Aufteilung wertmäßig benachteiligt).

OGH 23. 11. 2016, 3 Ob 170/16w – Haftung des Sachverständigen für alle den Prozessparteien verursachten Schäden: Bei unrichtigem Gutachten besteht Haftung unter Umständen auch dann, wenn dieses der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden kann, für dadurch verursachten Schaden. Keine Haftungsklage sei möglich, solange ein verurteilendes Strafrechtssurteil aufrecht ist. Das sei auch nicht während des laufenden Zivilverfahrens möglich; anders sei das nur allenfalls, wenn eine Haftung aus anderen Gründen bestehe (etwa unnötige Kosten, weil keine Offenlegung der Befangenheit).

OGH 25. 1. 2017, 7 Ob 224/16s: Der **Gutachtensauftrag** sei Maßstab der Tauglichkeit und Richtigkeit des Gutachtens.

2. Teilwert

VwGH 21. 4. 2016, 2013/15/0100, zu § 6 Z 1 EStG: Der **Teilwert** sei nach § 6 Z 1 EStG der Betrag, den der Erwerber des ganzen Betriebs im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde; dabei sei davon auszugehen, dass der Erwerber den Betrieb fortführt. Beim Teilwert **im Sinne von § 6 Z 1 und 2 EStG handle es sich um einen objektiven Wert, bei dem subjektive Umstände unmaßgeblich seien.** Persönliche Verhältnisse seien bei Ermittlung eines Teilwertes nicht zu

berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des VwGH sei die Bewertung eines Wirtschaftsgutes zu niedrigeren Teilwerten nur dann zulässig, wenn hinsichtlich des betreffenden Wirtschaftsgutes am Bilanzstichtag eine entsprechende Entwertung eingetreten ist. **Wer eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert durchführen will, habe die Entwertung des Wirtschaftsgutes nachzuweisen oder wenigstens glaubhaft zu machen.** Eine Verpflichtung der Abgabenbehörde zur amtswegigen Ermittlung des niedrigeren Teilwertes eines Wirtschaftsgutes sei dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Die Teilwertabschreibung wurde auch auf das vom Finanzamt eingeholte Gutachten gestützt. Damit sei aber **eine Auseinandersetzung** mit diesem Gutachten und mit den von der Beschwerdeführerin dagegen erhobenen Einwendungen, auch vor dem Hintergrund, dass keine Verpflichtung der Abgabenbehörde zur amtswegigen Ermittlung des niedrigeren Teilwertes besteht, **geboten.**

Daher seien bei der Teilwertermittlung grundsätzlich auch wertbestimmende Umstände zu berücksichtigen, die schon beim Erwerb der Liegenschaft vorgelegen sind. Dies jedenfalls insoweit, als sie am Bilanzstichtag (noch) vorhanden waren und dem Unternehmer bis zur Bilanzstellung bekannt geworden sind.

Siehe jetzt auch BFG 17. 1. 2017, RV/5101086/2013: Maßgeblich sei der objektive Wert, nicht der Kaufpreis, der aufgrund subjektiven Motivs überhöht ist.

3. „Ökologisiertes“ Mietrecht

3.1. Allgemeines

Klimaschutz erfordert gerade auch im Wohnbereich vermehrt thermische Sanierung bzw vermehrten Einsatz erneuerbarer Energie. Die fachliche und rechtliche Möglichkeit dazu kann den Wert einer Mietwohnung erhöhen. Das gilt teilweise schon jetzt und wird in nächster Zukunft noch weit mehr an Bedeutung gewinnen. Dabei treten zum Teil schwierige rechtliche Fragen auf, zu deren Lösung gerade auch Sachverständige beitragen können (vgl dazu schon *Weiß*, Mietrechtsgesetzgebung, in *Christian/Kerschner/Wagner*, Rechtsrahmen für eine Energiewende Österreich (REWÖ) [2016] 409). In einem von Univ.-Prof. Mag. Dr. *Erika Wagner* und dem Verfasser geleiteten Umweltrechtsseminar hat ein Diplomand, nämlich *Wolfgang Mayr*, höchstinteressante praktische Fallbeispiele mit juristischen Lösungsansätzen gebracht, die hier kurz angerissen werden sollen. Vor allem die sogenannte *Owner-user*-Problematik steht im Vordergrund.

Auch wenn es vielleicht für manche Sachverständige „*Eulen nach Athen tragen*“ ist und der Verfasser alles andere als ein MRG-Experte ist: Die anstehenden Fragen sind so eminent wichtig für Klimaschutz und Nachhaltigkeit, zugleich aber auch zum Teil so beschaffen, dass in Wahrheit nur interdisziplinär zwischen Sachverständigen und Juris-

ten Lösungen möglich sind. Die Diskussion muss verstärkt, wohl auch der Gesetzgeber tätig werden.

Zwei *gravamina* vorweg: Der Vermieter hat oft wegen Zinsbeschränkung zu wenig Anreiz, der Mieter hat oft bei Mietvertragsende keinen gesicherten Investitionskostenrückerstattung.

Die beiden folgenden Fallbeispiele stammen ebenso wie auch die juristischen Lösungsansätze von *Wolfgang Mayr* (siehe näher dessen Diplomarbeit „Ökologisierung des Mietrechts“ [2017]):

3.2. Beispiel 1: Thermische Sanierung und Erneuerung der Zentralheizung

Der Vermieter möchte sein Gründerzeithaus durch Investitionen aufwerten. Die gegenständliche Immobilie befindet sich im Zentrum von Linz und umfasst acht Wohneinheiten. Der Vermieter plant, eine thermische Sanierung durchzuführen. Dazu wird an der Fassade eine Wärmedämmung angebracht. Außerdem werden die alten, voll funktionsfähigen Kastenfenster durch neuwertige Thermofenster ausgetauscht. Zusätzlich zur thermischen Sanierung beschließt der Vermieter, die 20 Jahre alte ölbefeuerte Zentralheizung durch ein neuwertiges Gasbrennwertgerät auszutauschen, da die bestehende Anlage in letzter Zeit ohnehin vermehrt ausgefallen ist und eine größere Reparatur in keinem wirtschaftlichen Verhältnis zum Zustand der Anlage stehen würde.

Variante: Hinsichtlich der Gebäudetechnik plant der Vermieter nicht nur den Tausch der alten Heizung. Vielmehr möchte er am Dach eine Solaranlage zur Warmwasserbereitung installieren, welche allen Mietern gleichsam zugutekommt.

Lösungsansätze Ausgangsbeispiel: Hier stellt sich die grundsätzliche Frage: Darf der Vermieter das bzw muss er das sogar? Es geht um die **Erhaltung** durch den Vermieter (§ 3 MRG), aber auch um **Verbesserung** (§ 4 MRG). Einschlägig ist § 3 Z 5 MRG (Senkung des Energieverbrauchs). Zentraler Streitpunkt ist dabei, ob dafür ein bestehender Mangel vorausgesetzt ist, was etwa von *Vonkilch* verneint wird (meines Erachtens Fehlen des Wärmeschutzes als Mangel?). Zudem muss ein **vernünftiges Verhältnis** der Kosten zum **allgemeinen Erhaltungszustand** und den **zu erwartenden Einsparungen** vorliegen. Das bedarf einer bereits **wirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Rechnung**, einer Amortisierung innerhalb der verbleibenden Nutzungsdauer. Dazu finden sich verschiedene Berechnungsarten, wie vor allem die **statische Amortisationsrechnung** und die **(dynamische) Kapitalwertmethode**. Die Einsparungen müssen nicht dem Vermieter zukommen.

Beim **Heizungstausch** ist Z 3 leg cit einschlägig (Gemeinschaftsanlagen, insbesondere Wärmeversorgungsanlagen), wenn die Erhaltung der alten Anlage nicht mehr wirtschaftlich vertretbar ist (hier: Ölheizung reparaturbedürftig). Die

hohe Energieeffizienz stellt keine neue Funktion dar (sonst Verbesserung).

Bei Bejahung der Erhaltung treten die Finanzierungsfolgen nach § 3 Abs 3 MRG ein: Erhaltung mit Mietzinsreserven der letzten 10 Jahre; wenn daraus keine Deckung zu erzielen ist, hat der Vermieter vorzufinanzieren (nach herrschender Ansicht auch Berechnung auf 10 Jahre), sonst Erhöhung der Hauptmietpreise. Die Mieter trifft eine Duldungspflicht bezüglich des Fenstereinbaus. Wenn sich der Vermieter trotz Erhaltungspflicht weigert, aber die Mieter es wollen, muss die Mehrheit der Mieter bezüglich der Fenster einen Antrag stellen; bezüglich des Gasbrennwertgeräts kann das jeder einzelne Mieter!

Bei der Variante 1 (Solaranlage zur Warmwasserbereitung für alle Mieter) liegt nach der Lehre (*Hausmann*) nur eine Verbesserung vor. Das Argument: Eine energiegewinnende Maßnahme sei keine energieeinsparende Maßnahme. Bei der Finanzierung (entsprechender Deckungsfonds) ist die Verbesserung nachrangig gegenüber der Erhaltung. Jene Mieter, die gegen die Solaranlage sind, dürfen nicht belastet werden.

Frage: Können energiegewinnende Maßnahmen analog zu energieeinsparenden Maßnahmen als Erhaltung qualifiziert werden?

3.3. Beispiel 2: Energetische Maßnahmen durch den Mieter

In der Regel hat der Mieter die Energiekosten zu tragen. Daher beschließt der Hauptmieter einer dem Vollarwendungsbereich des MRG unterliegenden Mietwohnung in einem Linzer Gründerzeithaus, Maßnahmen zur Senkung des Energieverbrauchs durchzuführen. Dazu möchte er die alten Ventile an den Heizkörpern durch Thermoventile austauschen. Auch beabsichtigt er, einige frei liegende Leitungen mit einer Ummantelung zu versehen. Außerdem möchte er die alten Kastenfenster aus Holz (welche noch voll funktionstüchtig und in einem tadellosen Zustand sind) durch neue Verbundfenster aus Plastik mit einem bedeutend besseren U-Wert austauschen. Bisher wurden im gesamten Haus noch keine Kastenfenster durch neuartige Fenster ersetzt.

Variante: Anstatt der Verbundfenster aus Plastik möchte der Mieter die alten Kastenfenster durch neue Kastenfenster aus Holz ersetzen. Nicht zuletzt aufgrund der Thermoverglasung der neuen Kastenfenster weisen diese einen bedeutend besseren U-Wert als die alten Fenster auf.

Zu Beispiel 2 (energetische Maßnahme durch Mieter):

Recht der Mieter zur Verbesserung nach § 9 MRG: Differenzierung zwischen wesentlich und unwesentlich.

Ventilaustausch und Ummantelung werden in der Regel nur unwesentlich sein; daher sind weder eine Anzeige an den Vermieter noch dessen Zustimmung erforderlich (das wird anders sein, wenn es sich um tropfende Ventile handelt).

Beim „wesentlichen“ Fenstertausch muss der Mieter anzeigen, der Vermieter kann innerhalb von zwei Monaten ablehnen, sonst tritt Fiktion der Zustimmung ein.

Bei Ablehnung kann der Mieter nach § 37 Abs 1 Z 6 MRG einen Antrag auf Duldung bei Gericht stellen. **Alle** kumulativen Voraussetzungen des § 9 Abs 1 Z 1 bis 7 MRG müssen erfüllt sein. Hier ist eindeutig Z 5 leg cit nicht erfüllt (Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses).

Beim Fenstertausch stellt sich das grundsätzliche Problem, dass allgemeine Teile des Hauses betroffen sind. Die Rechtsprechung, aber auch *Vonkilch* scheinen das „großzügig“ zu sehen: unter „Einbeziehung des Hauses“.

Variante: Bei gleicher Holzkonstruktion besteht Duldungspflicht des Vermieters.

Kann der Mieter bei Mietvertragsende Investitionskostenersatz nach § 10 MRG bzw § 1097 ABGB verlangen? Wegen vieler Voraussetzungen (vor allem wesentliche Verbesserung bzw Nachnutzung für Nachmieter nötig) besteht eine unsichere Rechtslage.

Wegen dieser großen Rechtsunsicherheit ist Rückersatz für Mieter oft nicht gesichert (kein subjektiver Vorteil für Vermieter, weil keine Mietzinserhöhung möglich?).

4. Rund um den Amtssachverständigen

4.1. Allgemeines

Schon oft war am Brandlhof zu und über Amtssachverständige und deren Verhältnis zu nichtamtlichen Sachverständigen diskutiert, ja gestritten worden. Als Stichworte sollen hier nur „Vorrang der Amtssachverständigen in Verwaltungs-, insbesondere Genehmigungsverfahren und auch bei den Verwaltungsgerichten“ (vgl dazu *Kerschner*, Artikel 6 EMRK noch nicht voll erfüllt: Zu den neuen Verwaltungsgerichten, in FS Stolzlechner [2013] 347 [357 ff]) und „strukturelle Anscheinsbefangenheit“ genannt werden (*Krammer/Rant/Kerschner* ua). Auch aus völlig unverfänglicher Seite (vgl *Huber-Medek*, Impulsstatement, in *Institut für Umweltrecht*, Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2017 [2017] 199) wird einer generellen Erweiterung – „in Anbetracht der notorisch knappen Personalressourcen“ – der Möglichkeit zur Bestellung nichtamtlicher Sachverständiger das Wort geredet.

4.2. Änderung der GewO 1994

Bei der Änderung der GewO 1994 durch BGBl I 2017/96 ist eine verstärkte Inanspruchnahme nichtamtlicher Sachverständiger vorgesehen.

Auf die im Vorfeld gegen die Einführung des § 353b GewO erhobenen massiven Bedenken aus der Vollzugspraxis ist zu verweisen (vgl *Holzmannhofer*, Kritische Anmerkungen zur geplanten Änderung von anlagenrechtlichen Teilen der Gewerbeordnung aus der Vollzugspraxis, RdU 2017, 60).

§ 353b GewO lautet:

„(1) In Verfahren betreffend Betriebsanlagen, die auf Erlassung eines an einen Antrag des Inhabers einer Betriebsanlage gebundenen Bescheides gerichtet sind, kann der Inhaber der Betriebsanlage für bestimmte Fachgebiete die Bestellung von nichtamtlichen Sachverständigen unwiderruflich beantragen. Der Antrag muss spätestens gleichzeitig mit dem verfahrenseinleitenden Anbringen gestellt werden und hat die genaue Bezeichnung des jeweiligen Fachgebietes, für das ein nichtamtlicher Sachverständiger bestellt werden soll, zu enthalten. § 13 Abs. 3 AVG ist auf Anträge, die keine genaue Bezeichnung des Fachgebietes enthalten, nicht anzuwenden. Verspätete Anträge oder Anträge, die keine genaue Bezeichnung des Fachgebietes enthalten, sind von der Behörde unverzüglich zurückzuweisen.

(2) Die Behörde hat dem Antragsteller innerhalb von vier Wochen ab Einlangen eines Antrages gemäß Abs. 1 oder ab Rechtskraft einer Entscheidung eines Verwaltungsgerichtes oder des Verwaltungsgerichtshofes, mit der ein Bescheid gemäß Abs. 1 letzter Satz aufgehoben worden ist, mit Verfahrensordnung aufzutragen, dass ein von der Behörde zu bestimmender Betrag zur Deckung des mit der Aufnahme des Beweises durch nichtamtliche Sachverständige verbundenen Aufwandes vom Antragsteller innerhalb einer bestimmten angemessenen Frist vorschussweise zu erlegen ist. Wenn der Betrag nicht vollständig innerhalb dieser Frist vom Antragsteller bei der Behörde erlegt wird, wird der gemäß Abs. 1 gestellte Antrag unwirksam.

(3) Wenn ein Antrag gemäß Abs. 1 gestellt worden ist, beginnen die Fristen betreffend die Verpflichtung der Behörde zur Erlassung von Bescheiden ab Rechtskraft eines Bescheides gemäß Abs. 1 letzter Satz oder mit Ablauf der von der Behörde gemäß Abs. 2 zum Erlag eines vorschussweisen Betrages bestimmten Frist zu laufen.

(4) Die Kosten für die Heranziehung eines auf Grund eines Antrages gemäß Abs. 1 beigezogenen nichtamtlichen Sachverständigen sind im vollen Umfang vom Antragsteller zu tragen.

(5) Auf eine Verfahrensordnung gemäß Abs. 2 ist § 63 Abs. 2 AVG mit der Maßgabe anzuwenden, dass sie nur hinsichtlich ihrer Höhe und nur dann anfechtbar ist, wenn der Gesamtbetrag der dem Antragsteller aufgetragenen Kostenvorschüsse 4 000 Euro übersteigt.“

Dem § 353b GewO ist eindeutig ein sehr zu begrüßender **grundlegender Richtungswechsel** bezüglich der Sachverständigenbestellung zu entnehmen. Eindeutig ist auch, dass die Bestellung des konkreten Sachverständigen von der Behörde bzw vom Verwaltungsgericht vorzunehmen ist. Einem vom Projektwerber ausgewählten Sachverständigen ist Anscheinsbefangenheit zuzusprechen. Meines Erachtens sinnvoll wäre es weiters gewesen, das Antragsrecht auch auf alle anderen Parteien des Verfahrens zu erstrecken.

4.3. Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 9. 3. 2017, Rs C-685/15, Online Games ua

Es geht in der Sache um zwei Fälle der Beschlagnahme von Glückspielautomaten wegen Verletzung des Glückspielgesetzes (Linz/Wels), in denen die Behörde Geldstrafen von je € 24.000,- verhängt hat. Gegen die Entscheidung des LVwG Oberösterreich wurden Beschwerden beim EuGH eingebracht, weil das Bundesmonopol gegen EU-Recht verstoße. Dabei geht es auch um das **Recht auf ein faires Verfahren**, konkret um die Auslegung der Art 49 ff AEUV im Lichte von Art 6 EMRK und Art 47 GRC.

Art 47 GRC lautet:

„Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht

(1) Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

(2) Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.

(3) Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.“

Zitat der **Erwägungsgründe 59 und 60:**

„59. Das vorlegende Gericht weist in seinem Vorlagebeschluss darauf hin, dass den Landesverwaltungsgerichten in Österreich keine eigenen unabhängigen Sachverständigen zur Verfügung stehen und dass diese Gerichte primär Amtssachverständige heranzuziehen haben, die dem Dienststand einer nationalen Verwaltungsbehörde (die in der Regel zugleich Partei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist) angehören.

60. Sollte dies tatsächlich der Fall sein (Rn. 45), dürften sich daraus **substanzielle Bedenken** hinsichtlich der Einhaltung von Art. 6 EMRK und demzufolge auch Art. 47 GRC ergeben. Nach Art 6 Abs. 1 EMRK muss die gegen einen Angeklagten erhobene strafrechtliche Anklage ‚von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht‘ verhandelt werden. Da die nationalen Verwaltungsgerichte in Österreich ihre Prüfung von Amts wegen durchführen müssen, ist es wahrscheinlich, dass sie zumindest in Fällen mit einem gewissen Schwierigkeitsgrad die Meinung eines oder mehrerer Sachverständiger werden einholen müssen, um sich ein vollständiges Bild machen zu können. **Es ist meines Erachtens klar, dass auch diese Sachverständigen unabhängig und unparteiisch sein müssen. Sie müssen auch hinreichend**

qualifiziert sein, damit sie kontroverse Standpunkte beurteilen und darüber berichten können. Schließlich sollen sie das Gericht bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben unterstützen. Bei der Prüfung der Unparteilichkeit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hervorgehoben, dass dieses Erfordernis sowohl ein **subjektives als auch ein objektives Kriterium beinhaltet** (Rn. 46). **Wird auf Sachverständige aus den nationalen Verwaltungsdiensten zurückgegriffen, so besteht meines Erachtens zwangsläufig zumindest die Gefahr, dass sie das erste dieser Kriterien nicht erfüllen werden, und praktisch die Gewissheit, dass sie das zweite nicht erfüllen werden. Den nationalen Gerichten müssen folglich Sachverständige zur Verfügung stehen, die tatsächlich unabhängig und unparteiisch sind.**“ (eigene Hervorhebungen; vgl dazu schon Kerschner, Wer hat so große Angst vor den Verwaltungsgerichten im Umweltrecht und warum? RdU 2017, 106).

Der EuGH hat in dem in der Zwischenzeit ergangenen Urteil vom 14. 6. 2017, Rs C-685/15, *Online Games ua*, wohl wegen mangelnder konkreter Relevanz der Frage der Amtssachverständigen darauf nicht mehr Bezug genommen.

5. Varia

5.1. Judikatur

OGH 23. 11. 2016, 1 Ob 199/16w: Amtshaftung wegen rechtswidriger Baugenehmigung (falsches Sachverständigengutachten) für Vermögensschaden.

OLG Linz 18. 11. 2016, 6 R 173/16b: Zur Enteignungsschädigung bei Wertminderung durch Retentionsbecken (höhere Hochwassergefährdung).

OGH 22. 11. 2016, 5 Ob 131/16z: Haftung eines Privatgutachters für regelwidriges Gutachten und Verletzung der Aufsichtspflicht.

OGH 16. 11. 2016, 2 Ob 150/16x: Bewertung für Minderjährigen nicht nach LBG.

OGH 24. 5. 2016, 8 ObA 59/15g: Keine gerichtliche Vorschreibung der Methodenwahl; diese gehört zum Kern der Sachverständigentätigkeit.

VwGH 24. 5. 2016, 2013/07/0147: Gutachten zur voraussichtlich beeinträchtigten Umwelt nach UVP-G 2000.

VwGH 24. 5. 2016, 2013/05/0212: Zum „Geruchsgutachten“; Richtlinien und Leitlinien keine verbindliche Rechtsgrundlage; ausländische (technische) Richtlinien.

VwGH 25. 5. 2016, Ro 2014/10/0075: Öffentliches Interesse an der Walderhaltung.

VwGH 25. 5. 2016, 2013/06/0127: Befangenheit eines nichtamtlichen Sachverständigen (Hausarzt einer Verfallenspartei).

VwGH 29. 6. 2016, Ro 2014/05/0065: Lärmimmissionsbelastung an der Grundgrenze; Ist-Maß.

VwGH 30. 6. 2016, Ra 2016/07/0034: Ausgleichsmaßnahmen bei UVP zu berücksichtigen.

VfGH 12. 10. 2016, G 673/2015 ua, V 25/2016 ua: Zum Begriff „Wohnumgebung“ in § 2 Abs 3 Richtwertgesetz; pauschaler Befristungsabschlag von 25 % verfassungskonform.

VfGH 13. 10. 2016, G 47/2016: Grundstückswert im Sinne des § 4 Abs 1 GrEStG; seit 1. 1. 2016 nicht mehr dreifacher Einheitswert.

VfGH 12. 12. 2016, V 49/2015: Zum Entwicklungsprogramm für den Sachbereich Windenergie.

VwGH 20. 12. 2016, Ro 2014/03/0035: UVP; Immissionsbelastung; Schienenverkehrslärm-Immissionsschutzverordnung nur Mindeststandards.

VwGH 21. 12. 2016, Ro 2014/10/0046: Vorgehen bei einander widersprechenden Gutachten; langfristiges öffentliches Interesse an Stromerzeugung aus erneuerbarer Energie.

VwGH 20. 6. 2016, Ra 2016/09/0046: Zur Prüfung der Befangenheit von Amtssachverständigen durch Verwaltungsgericht; eigene Auswahl!

Vgl auch **VwGH 22. 6. 2016, Ra 2016/03/0027:** Sorgfältige Prüfung der Befangenheit von Amtssachverständigen; **Anschein einer Voreingenommenheit reicht.**

VwGH 6. 7. 2016, Ro 2016/08/0012: Gutachten eines Amtssachverständigen kommt kein höherer Beweiswert zu.

VwGH 24. 11. 2016, Ra 2016/08/0142: Voraussetzungen dafür, dass sich Verwaltungsgericht auf ein bereits im behördlichen Verfahren eingeholtes Sachverständigengutachten stützen kann.

5.2. Literatur

Anzenberger, Vernehmung von Verbrechensopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren nach §§ 289a und 289b ZPO, ÖJZ 2017, 249.

Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Sachverständigenrecht² (2015).

Buchmayer, DES – Dokumenteneinbringungsservice in der Praxis, SV 2016/4, 203.

Dreier, Baumängel und Bauschäden, SV 2016/4, 217.

M. Greifeneder, Pflegegeldbegutachtung durch Pflegefachkräfte – keine Einschränkungen im sozialgerichtlichen Verfahren, ÖZPR 2017, 10.

Institut für Umweltrecht, Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2017 (2017) 193 (Sachverständigenbeweis – verfahrensrechtliche und praktische Herausforderungen).

Itzel/Schwall, Verfahrens- und Prozessrecht in Amts-Staatshaftungs- und Entschädigungsverfahren (2017).

Kagerer, Tankstellen im Blickfeld der Wertermittlung, ZLB 2016, 118.

Kleiber, Verkehrswertermittlung von Grundstücken⁸ (2016).

Koch/E. Stocker, Residualwertverfahren – ein sensibles Verfahren, SV 2016/4, 223.

Kollenz, Möglichkeiten und Grenzen der Überprüfung berufskundlicher Gutachten, ASoK 2016, 387.

Muzak, Die Normen des neuen Normengesetzes, ÖZW 2016, 140.

Nechtelberger/Langer/Grabmayer, Das psychologische Gutachten zur Prüfung der waffenrechtlichen Verlässlichkeit, DAG 2016, 127.

Reithofer/G. Stocker, Residualwertverfahren (2016).

M. Schlager, Enteignungsentschädigung insbesondere für Mieter und Pächter (2017).

Schmidt/Guggenbichler, Sachverständige als Zeugen vor Gericht – rechtliche Hinweise, SV 2016/2, 65.

Sumerauer, Was bedeutet Verantwortlichkeit? SV 2016/1, 2.

Zahlr, Der Arzt als Sachverständiger, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht für die Praxis, Kap II.6.