

Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2018

Anhand besonders wichtiger Urteile der Höchstgerichte im Zeitraum Mai 2017 bis Juni 2018 werden aktuelle Rechtsfragen für die Sachverständigen dargestellt und analysiert.

1. Haftung des Sachverständigen

1.1. OGH 20. 12. 2017, 7 Ob 38/17i – falscher Energieausweis (siehe auch SV 2018, 103 ff)

Sachverhalt: K (Käufer) kaufte 2011 von V (Verkäufer) ein Einfamilienhaus um € 190.000,-. V beauftragte einen Sachverständigen, einen Energieausweis zu erstellen, der dann eine falsche Kennzahl enthält: Statt richtig 193 kWh/m²a (Energieklasse E) falsch 105 kWh/m²a¹ (Energieklasse D). Der Sachverständige wusste, dass V den Energieausweis für den Hausverkauf benötigt.

§ 4 des vom Notar erstellten Kaufvertrags lautet:

„Pkt 5: Ein Energieausweis nach dem Energieausweisvorlagegesetz (EAVG) wurde von V vorgelegt. Der Käufer (K) nimmt seine Haftung für die im Ausweis ausgewiesenen Werte zur Kenntnis.“

K begehrt von V aus Gewährleistung € 89.807,- (Verbesserung durch thermische Sanierung) und vom Sachverständigen ebenfalls den Gesamtbetrag zur ungeteilten Hand.

Das **Erstgericht** weist alles ab. Das Berufungsgericht bejaht die Haftung des V, nicht aber die des Sachverständigen. K habe ein Preisminderungsrecht. Der Sachverständige hafte wegen fehlender Kausalität nicht.

Der **OGH** versteht – mE zu Recht – „Käufer“ als „Verkäufer“ (übereinstimmender Wille);² die Wertminderung habe nach relativer Berechnungsmethode zu erfolgen. Der OGH verneint – mE überraschend – eine Haftung des Sachverständigen aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter; § 6 EAVG 2012³ war noch nicht anzuwenden; ÖNORMEN seien hier keine Schutzgesetze (nicht vom Gesetzgeber für verbindlich erklärt, auch nicht vertraglich vereinbart). Der Sachverständige hafte nur bei Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter oder bei objektiv-rechtlichen Schutzwirkungen.

Der 7. Senat zieht für geschützte dritte Personen dem Vertrag mit Schutzwirkung Dritter enge Grenzen: Nur bei schutzwürdigem Interesse des K und nicht bei deckungsgleichem Anspruch auf Schadenersatz gegen den V.

Aber es bestehe auch keine Verletzung objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten; der Sachverständige müsse damit rechnen, dass sein Gutachten Grundlage für eine Disposition des Dritten bilde (mE Haftung aus Verkehrssicherungspflicht!). Maßgeblich sei der Gutachterauftrag. Ein Vertrag zu Gunsten Dritter sei idR zu verneinen, weil Interessen des Vertragsbestellers und Dritten zumeist divergierten. Sorgfaltspflichten bezüglich Vermögen Dritter seien Ausnahme. Da kein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers bestehe, wenn er einen deckungsgleichen Anspruch auf Schadenersatz gegen Vertragspartner hat, bestehe daher auch hier Subsidiarität. Die Haftung des Sachverständigen wäre zwar grundsätzlich zutreffend, aber subsidiär. Da K ein Recht auf Preisminderung hat, habe er insoweit keinen Anspruch gegen den Sachverständigen. Dieser hafte nicht auf das (vertragliche) Erfüllungsinteresse, aber auf Ersatz der Kosten eines neuen Energieausweises.

Anmerkung: ME ist dogmatisch zweierlei äußerst fraglich:

Das Nebeneinander bzw die Gleichschaltung von Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter und Haftung aus objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten. Es handelt sich nämlich um verschiedene, freilich dogmatisch höchst umstrittene Rechtsinstitute.⁴

Der Grundsatz der Subsidiarität ist vom Gesetz nicht gedeckt, dessen Ausdehnung auf objektiv-rechtliche Schutzpflichten keinesfalls gerechtfertigt (mE Verkehrssicherungspflichten aus Ingerenz); ebenso kritisch zur Subsidiaritätsthese *Vonkilch/Scharmer*, Zur Dritthaftung von Sachverständigen bei Verletzung objektiv-rechtlicher Pflichten und zu ihrer (angeblichen) Subsidiarität, Zak 2018, 164 ff; mE besteht daher Solidarhaftung (soweit Deckung besteht) gem § 1302 ABGB. Nach dem OGH wird allerdings der V den Sachverständigen wegen Verletzung vertraglicher Pflichten klagen können.

1.2. OGH 20. 12. 2017, 3 Ob 170/17x – unrichtiges Gutachten im Zwangsversteigerungsverfahren

Sachverhalt: Der Sachverständige erstellt im Zwangsversteigerungsverfahren ein Gutachten zur Verkehrswertfeststellung, wobei er fälschlich von einer zu großen Fläche ausgeht. Dem Kläger wird als einzigem Bieter zum geringsten Ausrufpreis zugeschlagen. Der Verkehrswert liegt erheblich über dem vom Ersteigerer geleisteten Betrag (tatsächlich geringere Fläche). Die erste und zweite Instanz lehnen eine Schadenersatzpflicht des Sachverständigen ab.

Der OGH lehnt ebenso die Haftung ab. Zweck des § 141 Abs 5 EO iVm § 2 LBG sei, das Exekutionsverfahren möglichst dem regulären Marktgeschehen anzunähern, nicht aber den besonders günstigen Erwerb unter Verkehrswert zu fördern. „Erfolgt der Zuschlag an den Ersteher zu einem Meistbot, das wegen eines vom Sachverständigen hervorgerufenen Irrtums zwar **unter dem überhöhten**, jedoch über dem richtigen Verkehrswert liegt, so hat der Sachverständige dem Ersteher gem § 141 Abs 5 EO für die Differenz zum richtigen Verkehrswert einzustehen. Die Differenz zwischen dem tatsächlichen und einem verhältnismäßig geringeren (aufgrund des richtigen Verkehrswert angenommenen) fiktiven Meistbot steht dagegen nicht mehr im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflicht des Sachverständigen zur korrekten Verkehrswertermittlung (9 Ob 56/11t = RIS-Justiz RS0127857).“

Es besteht also nur Haftung des Sachverständigen, soweit der Zuschlagspreis über dem wahren Verkehrswert liegt. Das gilt auch bei nur einem Bieter. Hier lag der Zuschlagspreis erheblich unter dem richtigen Verkehrswert, daher bestehe keine Haftung.

Anmerkung: Diese Entscheidung setzt die Judikaturlinie iSd Entscheidung vom 29. 5. 2012, 9 Ob 56/11t, fort; dazu schon *Kerschner*, SV 2013, 144 f. Haftung besteht mE nur dann – entgegen dem OGH –, wenn der Ersteher nachweisen kann, dass er nur zum selben Prozentsatz des Schätzwerts ersteigert hätte.

2. Miscellen aus dem Mietrecht

Richtwerte/Lagezuschläge

Zu den neuen Richtwerten vgl OIZ 2018, 30 ff.

Zwei neue OGH-Entscheidungen zum Lagezuschlag bei den dem Richtwert-Mietsystem unterliegenden Wohnungen in (Wiener) „Gründerzeitvierteln“ haben in Sachverständigenkreisen viel Unmut und Kritik hervorgerufen.⁵

2.1. OGH 27. 6. 2017, 5 Ob 102/17m – Lagezuschlag I

Es geht um die Zulässigkeit einer Hauptmietzinsvereinbarung, die den zulässigen Hauptmietzins übersteigt.

Gem § 16 Abs 4 Halbsatz 2 MRG ist ein Lagezuschlag nach **Abs 2 Z 3** nur zulässig, wenn die konkrete Lage besser als die durchschnittliche Lage ist (§ 2 Abs 3 RichtWG). Der Vermieter argumentiert, dass seine Wohnung nicht mehr in einem historischen Gründerzeitviertel liege.

Die ständige Judikatur des OGH dazu lautet: Die Lage bei Wohnungen, die in Gründerzeitvierteln (1870–1917) errichtet und im **Zeitpunkt der Errichtung** überwiegend Wohnungen der Ausstattungskategorie D aufgewiesen haben, sei „*höchstens als durchschnittlich einzustufen*“. Der zulässige Gegenbeweis einer Entwicklung zu einem „Nicht(mehr-) Gründerzeitviertel (überwiegend Neubauten)“ sei hier nicht erbracht. Der VfGH (12. 10. 2016, G 673/2015 ua) hat § 2 Abs 3 Halbsatz 2 RichtWG als verfassungskonform beurteilt.⁶

Nach dem neuen Regierungsprogramm soll das bisherige Verbot für die Geltendmachung eines Lagezuschlags beseitigt werden; befürwortend *Vonkilch*, wobl 2018, 21.

2.2. OGH 20. 11. 2017, 5 Ob 74/17v – Lagezuschlag II (5. Wiener Gemeindebezirk)⁷

Sachverhalt: Die Antragstellerin beantragt die Überprüfung des Mietzinses für ihre Wohnung im 5. Wiener Gemeindebezirk. Die Wohnung liegt außerhalb des Gründerzeitviertels. Das Erstgericht bejaht einen Zuschlag wegen guter Anbindung an öffentliche Verkehrsmittel und nahegelegener Geschäfte.

Anders entschieden die 2. Instanz (arg: nur konkreter Bezirk) und der OGH:

Die Durchschnittlichkeit einer Lage bestimme sich nach der allgemeinen Verkehrsauffassung und der Erfahrung des täglichen Lebens, sodass es eines wertenden Vergleichs mit anderen Lagen bedürfe. Dabei sei nicht auf politische Grenzziehungen, sondern darauf abzustellen, welcher **Bereich** nach der **Beurteilung des Wohnungsmarktes ein einigermaßen einheitliches Wohngebiet** darstelle. Als Referenzgebiet für die Beurteilung der Durchschnittlichkeit der Lage sei daher **nicht regelhaft maximal der jeweilige Gemeindebezirk** heranzuziehen, sondern auf **jene Teile des Stadtgebiets abzustellen**, die einander nach der Verkehrsauffassung in ihren **Bebauungsmerkmalen gleichen** und (daher) ein einigermaßen **einheitliches Wohngebiet** darstellen. Im Fall eines im 5. Wiener Gemeindebezirk gelegenen Hauses seien das die innerstädtischen Gebiete mit der dafür typischen geschlossenen und mehrgeschoßigen Verbauung. Im Vergleich dazu rechtfertigten die Erschließung der Wohnumgebung mit öffentlichen Verkehrsmitteln und Möglichkeiten zur Nahversorgung **keine überdurchschnittliche Lage**. (eigene Hervorhebungen)

2.3. Zu Mängeln der Bestandsache

2.3.1. Aufheizung

Zur sommerlichen Aufheizung der gemieteten Geschäftsräumlichkeit (Klimawandel⁸) als Mangel der Bestandsache (insb auch Erhaltungspflicht des Vermieters bzw Mietzinsminderung) vgl *Scharmer*, wobl 2018, 1ff.

2.3.2. Schimmelbildung

2.3.2.1. OGH 4. 5. 2017, 5 Ob 42/17p – Sommerkondensat

Sachverhalt: Der Schimmel in der Wohnung entstand durch das Phänomen des Sommerkondensats (warme Luft kommt von außen und kondensiert an den innen kälteren Wänden).

OGH: Beim Kauf einer Wohnung als „*unsaniert*“ rechtfertigt es nicht davon auszugehen, der Käufer müsse mit nachhaltiger Schimmelbildung in der Wohnung auch bei „*üblichem*“ Bewohnen rechnen. Damit liege ein Mangel vor (dieser war dem Käufer nicht bekannt) unabhängig von einer Gesundheitsgefährdung.

2.3.2.2. OGH 28. 9. 2017, 8 Ob 34/17k – Mietzinsminderung

Sachverhalt: Wegen Schimmelbildung um die Fenster macht der Mieter eine Mietzinsminderung von 60 % geltend.

OGH: Grundsätzlich stehe Schimmelbildung der (mittleren) Brauchbarkeit der Wohnung entgegen.

Die Mieter könnten erwarten, dass mit einem durchschnittlichen Lüften das Auslangen zu finden ist. Bei Erfordernis eines darüber hinausgehenden Lüftungsverhaltens sei idR davon auszugehen, dass dies an der Beschaffenheit der Wohnung liegt.

Siebenmal tägliches Lüften sei idR nicht zumutbar, insb nicht in den Wintermonaten. Zur gewöhnlichen Nutzung gehöre auch das Aufhängen von Wäsche, außer es ist anders vereinbart (etwa Zurverfügungstellen eines Trockners mit Münzeinwurf).⁹ Die Mietzinsminderung sei bei „Mitverschulden“ (iS einer „Sphärenzugehörigkeit“) des Mieters zu mindern.

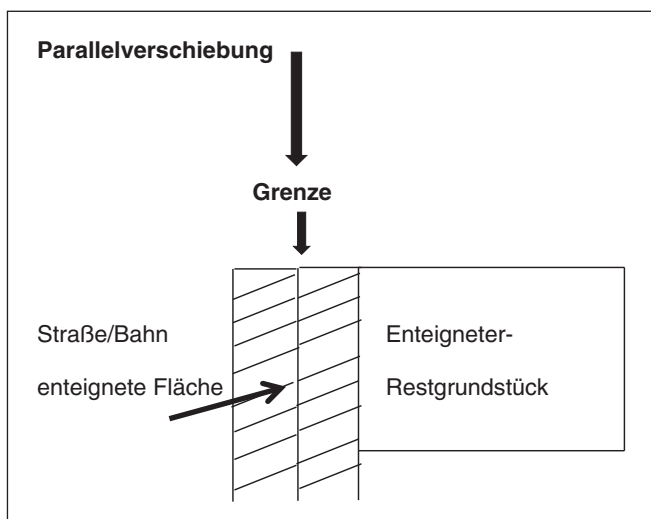
Der OGH hat wegen Feststellungsmängeln zurückverwiesen.¹⁰

3. Zum Recht der Enteignungsentschädigung, insb zum Projektschaden

3.1. Projektschaden/„Unternehmerschaden“

Eine vor allem bei der Enteignung zugunsten von Infrastrukturanlagen (Straßen/Bahn) auftretende Frage ist es, ob auch die **Wertminderung der Restliegenschaft durch vermehrte Geruchs-, Lärm- und Staubimmissionen** zu entschädigen sind. Sowohl in der Judikatur als auch in der Lehre wird das unterschiedlich gesehen. Zuletzt hat sich *Probst*¹¹ wieder gegen den Ersatz von Projektschäden ausgesprochen. Die nunmehr wohl hL vertritt die sog **Parallelverschiebungstheorie**, die aber mE allgemein in der Praxis nicht wirklich verstanden wird. Daher eine einfache Skizze:

Fall 1



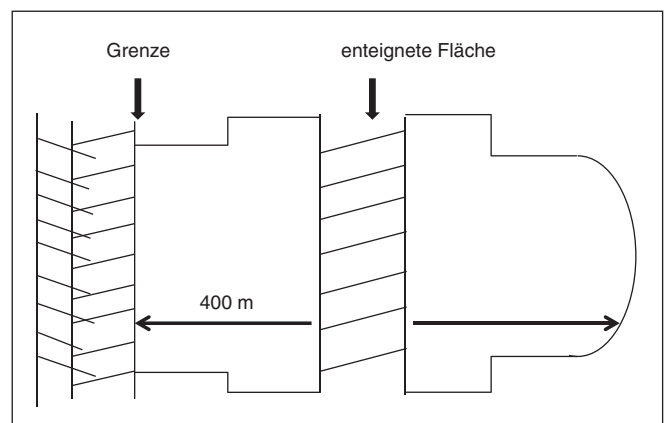
Wie wären die Immissionen, wenn die Straße/die Bahn am Nachbargrundstück an der Grenze errichtet worden wäre? Im Fall 1 wird festgestellt, dass die Immissionen (einigermaßen) gleich wären. Daher keine Entschädigung.

Parallelverschiebung:

Annahme im Fall 2, dass die Liegenschaft 800 m breit ist. Würde die Straße/Bahn 400 m an die Grundstücksgrenze verschoben, so ist evident, dass die Immissionen das Restgrundstück wesentlich weniger belasten würden als bei der konkreten Enteignung. Diese ist kausal für die Mehrbelastung. Diese führt zu einer Mehrbelastung des Enteigneten im Verhältnis zu allen Nichtenteigneten! Um Gleichbehandlung mit den nichtenteigneten Nachbarn zu erreichen, ist eine Abgeltung der Mehrbelastung nötig!

Das ist doch alles recht einfach – oder?¹²

Fall 2



3.2. Wertminderung durch Leitungsservitut/ Einkommensteuer: VwGH 31. 1. 2018, Ra 2017/15/0038 – „Servitutsentschädigung“

(Revision des Finanzamts B gegen das Erkenntnis des BFG vom 21. 2. 2017, RV/5100647/2011)

Sachverhalt: M hat 2006 und 2007 auch Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft (vollpauschaliert) als „*Servitutsentschädigungen*“ für eine Erdgasleitung (insgesamt rd € 16.700,-); ein Teil der Zahlungen ist als „*Benützungsentgelt*“ bezeichnet; nur dieser Teil wird vom M als gewinnerhöhend bezeichnet, das Finanzamt berücksichtigt nur eine Bodenwertminderung von € 10/m Leitung plus € 25 für „*Marker*“ als nicht steuerpflichtig. M macht aber auch Wertminderung der gesamten Liegenschaft geltend (Schotterabbau nicht mehr möglich): Der Wertverlust betrage rd € 20.800,-.

Das BFG holt ein Sachverständigengutachten ein mit dem Ergebnis von fast € 40.000,- Wertminderung. Die gesamte Servitutsentschädigung sei der Bodenwertminderung zuzurechnen (Schotterabbau sei möglich).

Das BFG folgt dem Sachverständigengutachten: Verkehrswert etwa € 11,- m² (der Amtssachverständige hingegen

nimmt € 3,50 an und verneint die Möglichkeit des Schotterabbaus!). **Nicht nur der Servitutsstreifen, sondern größere Gebiete seien dem Schotterabbau entzogen.**

Die Revision des Finanzamtes hält der VwGH (allerdings nur) im Ergebnis für begründet: Gemäß § 4 Abs 1 letzter Satz EStG 1988 (idF vor BGBl I 2012/22)¹³ **waren Zahlungen für Bodenwertminderungen einkommensteuerlich nicht zu erfassen.**

Die Aufteilung der Entschädigung in der Vereinbarung sei nicht verbindlich. **Nach der EStR sei nur – so das Finanzamt – auf Fläche des Servitutsstreifens abzustellen.**

Dagegen aber nun eindeutig der VwGH:

Für die Bewertung eines Grundstücks seien – nach ebenfalls stRsp des OGH – neben der **bestehenden Widmung auch realistisch beurteilte künftige Verwendungsmöglichkeiten samt ihrer Auswirkung auf den Marktwert entscheidend**, sofern die **reale Möglichkeit einer solchen Verwendung bereits im Zeitpunkt der Enteignung** gegeben war und **nicht bloß für eine unbestimmte Zeit erhofft** worden ist. Entscheidend sei, ob sich das Entwicklungspotential der Liegenschaft zum maßgeblichen Zeitpunkt bereits auf den Marktpreis auswirkt. Die Erwartung einer entsprechenden Verwendungsänderung müsse auf dem Grundstücksmarkt tatsächlich bereits preisbestimmend sein. Fehlen tatsächlich bezahlte Vergleichspreise, müsse feststehen, dass ausschließlich wegen der Erwartung der Einbeziehung der Grundstücke in diese veränderte Verwendungsmöglichkeit (etwa durch Umwidmung) kein oder nur ein geringer Grundstücksverkehr in der näheren Umgebung der enteigneten Grundstücksflächen stattfand.¹⁴ Könnten Vergleichswerte nicht eruiert werden, könnte es auch zulässig sein, auf sonst übliche Methoden (etwa einen prozentuellen Abschlag vom Wert der tatsächlich in Anspruch genommenen Grundstücksflächen) zurückzugreifen.

Diese Grundsätze seien auch für die Bodenwertermittlung heranzuziehen, „zumal auch die Vereinbarungen über die Bestellung einer Dienstbarkeit vor dem Hintergrund getroffen werden, dass andernfalls ein Enteignungsverfahren eingeleitet werden könnte [...]“.

Das ist eine glasklare Absage an die herrschende Praxis (und weite Teile der Sachverständigen), dass es nur auf den Servitutsstreifen ankomme. Der VwGH hat dennoch der Revision stattgegeben, weil (mE völlig zu Recht) als Stichtag auf den Zeitpunkt der Vereinbarung abzustellen sei.

Leitsatz: Nicht allein entscheidend ist das Bekanntsein einer grundlegenden Eignung zum Schotterabbau, sondern dass eine Nutzungsänderung bereits **in naher Zukunft** wahrscheinlich gewesen wäre und dieser Umstand schon zum Stichtag preiserhöhend gewesen wäre. **Alles das – so muss/kann man ergänzen – gilt mE auch für Bauerwartungsland.**

4. Zur Lage der (Amts-)Sachverständigen/Ziviltechniker

4.1. Nichtamtliche Sachverständige/verstärkte Inanspruchnahme im Betriebsanlagenverfahren

Als Nachtrag zum Newsflash 2017 ist darauf hinzuweisen, dass sich letztlich der Gesetzgeber – wohl aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung – zu § 353b GewO entschieden hat (Projektwerber kann nichtamtlichen Sachverständigen beantragen; Bestellung des Sachverständigen durch Behörde bzw Verwaltungsgericht; mE Anscheinsbefangenheit eines vom Projektwerber ausgewählten Sachverständigen).¹⁵ Damit ist wohl die Lage der Sachverständigen verbessert.

4.2. Lage bei Auslastung von Amtssachverständigen

Der praktisch häufige Fall der „**Auslastung**“, oft auch „**Überlastung**“ von beigegebenen Amtssachverständigen **rechtfertigt** nach dem Erkenntnis des VwGH vom 27. 6. 2017, Ro 2015/10/0045, **nicht (mehr) die Heranziehung von nicht-amtlichen Sachverständigen.** Auch ein ausgelasteter Sachverständiger sei „**beigegeben**“. Daher könne ein nichtamtlicher Sachverständiger nur unter den Voraussetzungen des § 52 Abs 2 AVG bestellt werden, also nur, wenn gem Abs 3 „**davon eine wesentliche Beschleunigung des Verfahrens zu erwarten ist**“. Außerdem seien eine Anregung des Antragstellers nötig und eine Bestimmung des Kostenbeitrags.¹⁶ Das verschlechtert die Lage der Sachverständigen. Im Übrigen war nach der früheren Rsp des VwGH (zB VwSlg 9370 A/1977) die Überlastung als Grund für die Bestellung eines nichtamtlichen Sachverständigen anerkannt.¹⁷

4.3. Zur allgemeinen Lage der Sachverständigen

Schon oft ist hier über Qualität, (Un-)Befangenheit und Verfahrensstellung von Sachverständigen berichtet und diskutiert worden, dabei auch zur Situation, dass sowohl im Ermittlungsverfahren als auch im strafgerichtlichen Hauptverfahren dieselben Sachverständigen agieren. Dazu ist ua nun im Rechtspanorama der „Presse“ ein **Streit für oder gegen Privatsachverständige** ausgebrochen. Titel: „**Kampf dem Misstrauen gegen Sachverständige**“¹⁸ und „**Erkundung der Wahrheit, soweit möglich**“.¹⁹

Ohne darauf im Einzelnen eingehen zu wollen, wird in dieser Diskussion auch auf zweierlei hingewiesen: Zum einen wird die Notwendigkeit von Qualitätssicherung betont, die mE beim Besuch von Fortbildungsseminaren idR vorliegen wird. Zum anderen wird darauf hingewiesen, dass nach dem **neuen Regierungsübereinkommen das gesamte Sachverständigenwesen in Straf-, Zivil- und Verwaltungsverfahren optimiert werden soll, um Qualität, Fairness und Schnelligkeit sicherzustellen.**

4.4. Zur Befangenheit von nichtamtlichen Sachverständigen: VwGH 21. 6. 2017, Ra 2017/03/0016

Es geht um das Vorhaben „**Semmering-Basistunnel neu**“ und dabei um **naturschutzrechtliche Bewilligungen.** Der

VwGH hatte über eine Revision von Bürgerinitiativen gegen ein Erkenntnis des BVerwG zu entscheiden. Dieses hat von der BH angeordnete Vorkehrungen abgeändert. Die Bf wendeten sich vor allem gegen die fachlichen Gutachten des Dr. T. Dieser sei befangen (Gründe: Der Sachverständige habe bereits früher als Projektleiter des Umweltbundesamts gearbeitet; Auftrag von der NÖ Landesregierung [Projekt habe negative Auswirkungen/jetzt aber anders gegutachtet]; immer Gutachten für politisch erwünschte Ergebnisse uam). Wegen der großen Bedeutung für Sachverständige sei hier ein längerer Teil des Erkenntnisses zitiert:

Der VwGH hat Befangenheit und mangelnde Sachkunde verneint:

„Zum zweiten vorgebrachten Zulässigkeitsgrund ist festzuhalten, dass nichtamtliche Sachverständige nach § 53 Abs 1 zweiter Satz AVG von einer Partei abgelehnt werden können, **wenn diese Umstände glaubhaft macht, welche die Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel ziehen**. Das Verwaltungsgericht hat bei der Beiziehung eines Sachverständigen im Lichte des Art 6 EMRK und des Art 47 GRC neben der Frage seiner erforderlichen Qualifikation gesondert zu prüfen, ob die sachverständige Person **unabhängig bzw unbefangen ist**. Dabei geht es insbesondere darum, sicherzustellen, dass nicht die Besorgnis besteht, dass bezüglich ihrer Tätigkeit andere als rein sachliche Überlegungen eine Rolle spielen können, **wobei es ausreicht, dass der Anschein einer Voreingenommenheit** entstehen kann. Das Wesen der Befangenheit besteht in der Hemmung einer unparteiischen EntschlieÙung durch **unsachliche psychologische Motive**, wobei das Element der Unsachlichkeit nicht schlechthin, sondern in Bezug auf die konkreten, vom Sachverständigen zu beurteilenden Fachfragen gegeben sein muss (VwGH vom 22. Juni 2016, Ra 2016/03/0027, Rz 37). Von Befangenheit ist insbesondere dann zu sprechen, wenn die Möglichkeit besteht, dass ein Organ bzw ein Sachverständiger durch seine persönliche Beziehung zu der den Gegenstand einer Beratung und Beschlussfassung bildenden Sache oder zu den an dieser Sache beteiligten Personen **in der unparteiischen Amtsführung bzw in einem unparteiischen Tätigwerden beeinflusst sein könnte**. Im Interesse dieser Sicherstellung ist es erforderlich, dass das Verwaltungsgericht die Frage der Unbefangenheit bzw der Unabhängigkeit von sachverständigen Personen einschließlich allfälliger diesbezüglicher Vorbringen der Verfahrensparteien sorgfältig prüft und die Heranziehung in der Form eines verfahrensleitenden Beschlusses anordnet, **wobei gegebenenfalls zu begründen ist, wenn von den Parteien vorgebrachte Bedenken hinsichtlich der vollen Unbefangenheit nicht zutreffen** (nochmals VwGH vom 22. Juni 2016, Ra 2016/03/0027, Rz 37). **Jeder Vorwurf der Befangenheit hat allerdings konkrete Umstände aufzuzeigen, welche die Objektivität des Sachverständigen in Frage stellen oder zumindest den Anschein erwecken können, dass eine parteiische Entscheidung möglich ist**. Eindeutige Hinweise etwa, dass ein Sachverständiger seine vorgefasste Meinung nicht nach Maßgabe der Verfahrensergebnisse zu ändern bereit ist, können seine Unbefangenheit in Zweifel

ziehen (VwGH vom 24. März 2015, 2012/03/0076). Mit ihrem **Vorbringen, dass der vom Verwaltungsgericht herangezogene Sachverständige im Jahr 2000 im Auftrag des Umweltbundesamts ein für den Bau des Semmering-Basistunnels negatives Naturschutzgutachten abgegeben habe, während er im Auftrag der Bezirkshauptmannschaft Neunkirchen und des Verwaltungsgerichts keine negativen Auswirkungen des Projekts mehr erkenne, vermögen die revisionswerbenden Parteien nicht darzulegen, weshalb der Sachverständige in Bezug auf die konkreten, vom Sachverständigen zu beurteilenden Fachfragen in einer unparteiischen EntschlieÙung durch unsachliche psychologische Motive gehemmt sein sollte**. Auch die Behauptung, dass der Sachverständige wiederholt von niederösterreichischen Behörden mit der Erstattung von Gutachten zu politisch gewünschten, aber umstrittenen Projekten beauftragt wurde, lässt nicht erkennen, inwiefern er durch eine persönliche Beziehung zu der den Gegenstand der Beschlussfassung bildenden Sache in einem unparteiischen Tätigwerden beeinflusst sein könnte.

Im Hinblick auf den dritten Zulässigkeitsgrund ist darauf hinzuweisen, dass § 53 Abs 1 AVG hinsichtlich der nichtamtlichen Sachverständigen ein Ablehnungsrecht der Parteien auch für den Fall normiert, dass die **Fachkunde des Sachverständigen in Zweifel** steht. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs sind dabei im Rahmen der Ablehnung jene Umstände glaubhaft zu machen, welche die Fachkunde des Sachverständigen in Zweifel ziehen. Bei einem **Sachverständigen** im Sinne der §§ 52 ff AVG muss es sich nämlich um eine **Person mit besonderer Fachkunde** handeln. Darauf, **wo sie sich dieses besondere fachliche Wissen angeeignet hat, kommt es aber nicht an** (VwGH vom 28. Februar 2013, 2012/07/0114). Bei der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts hat sich der Sachverständige jener Hilfsmittel zu bedienen, die seine Wissenschaft entwickelt hat, um ein verlässliches Gutachten abzugeben. Im Übrigen hängen sowohl Umfang als auch Methode der Befundaufnahme ausschließlich von objektiven fachlichen Gesichtspunkten ab, die primär einmal der Sachverständige anhand seiner Fachkunde zu beurteilen hat (VwGH vom 25. September 2013, 2013/16/0013). Die mangelnde Fachkunde eines Sachverständigen kann mit Erfolg nur durch ein konkretes Vorbringen geltend gemacht werden, wonach das von dem Sachverständigen erstattete Gutachten unrichtig oder unvollständig ist (VwGH vom 9. September 2015, 2013/03/0120).

Nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17. November 2015, Ra 2015/03/0058, hatte das Verwaltungsgericht im fortgesetzten Verfahren darauf hinzuwirken, dass der naturschutzfachliche Sachverständige sein Gutachten samt Befund insoweit ergänzt und näher und nachvollziehbar darstellt, in welcher Form die Semmering-Schnellstraße S 6 im Rahmen der Befundaufnahme berücksichtigt wurde und weshalb etwaige Kumulationseffekte mit dem Vorhaben ‚Semmering-Basistunnel neu‘ hinsichtlich der Erhaltungsziele für das Europaschutzgebiet ‚Nordöstliche Randalpen: Hohe Wand – Schneeberg

– Rax' nicht gegeben seien. **Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus, dass diese Fachfrage von einem Sachverständigen des Fachgebiets ‚Naturschutz‘ hinreichend beantwortet werden kann. Der vom Verwaltungsgericht herangezogene Sachverständige hat sowohl das Diplom- als auch das Doktoratsstudium der Biologie absolviert, wurde bereits im Verfahren von der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie zur Mitwirkung am Umweltverträglichkeitsgutachten für das Fachgebiet ‚Ökologie‘ herangezogen und hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht eine aktuelle Literaturliste seiner wissenschaftlichen Arbeiten vorgelegt. Unter diesen Umständen liegt das Ergebnis der Beurteilung des Verwaltungsgerichts, dass an der fachlichen Qualifikation und Integrität des Sachverständigen aus seiner Sicht kein Zweifel besteht, innerhalb der Leitlinien der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.“²⁰**

Anmerkung: ME finden sich in der E zum Nichtvorliegen der Befangenheit bloße Behauptungen, aber keine sachlichen Begründungen!

5. Übernahmepreis im Anerbenrecht

Wie bekannt ist der Übernahmepreis, den der Anerbe den weichenden Erben zu entrichten hat, nach dem Prinzip des „Wohlbestehenkönnens“ und gerade nicht nach dem Verkehrswert zu bestimmen.

5.1. OGH 28. 9. 2017, 2 Ob 151/16v – ausschließlich Ertragswert

Es sei vertretbar, bei der Ermittlung ausschließlich auf den Ertragswert abzustellen; bei „Vorliegen besonderer Umstände“ komme die Einbeziehung des Verkehrswerts in Betracht.

Das AnerbenG gäbe keine besondere Bewertungsmethode vor, es gäbe auch keinen Verweis auf das LBG.

Dem Anerben müsse es möglich sein, den Übernahmepreis ohne Abverkauf von Grundstücken zu finanzieren. Daher sei dieser nicht an Hand des Ertragswerts, der iSd § 5 LBG über eine Nutzungsdauer von 100 Jahren ermittelt worden ist, festzusetzen.

Anmerkung: Die Gegenüberstellung von Ertrags- und Verkehrswert ist irreführend, weil auch der Ertragswert den Verkehrswert abbilden soll. Gemeint ist wohl mit Verkehrswert das Vergleichswertverfahren. Wenn kein Abverkauf von Grundstücken erforderlich sein soll (Zwecke des AnerbenG), dann erscheint es zumindest auf den ersten Blick inkonsequent, im Einzelfall doch auf den Verkehrs(Vergleichs-)Wert abzustellen; so OGH 6 Ob 109/11i und 6 Ob 156/13d (teilweise werterhöhende Widmung oder Widmungsmöglichkeit der Grundstücke); 6 Ob 121/12f (bereits begonnener Abverkauf von Grundstücken – hier wegen bereits eingetretenem Vermögenszuwachs mE zutreffend). Nach dem OGH wird wohl der ermittelte Verkehrswert nur die Orientierungsbasis für die Festsetzung des Übernahmepreises nach dem „Wohlbestehensprinzip“ sein; siehe gleich 5.2. („unter Berücksichtigung“).

5.2. OGH 24. 10. 2017, 2 Ob 220/16s – Mittelwert

Bei erheblichem Auseinanderfallen zwischen Ertrags- und Verkehrswert könne der Übernahmewert auch bei einer lebensfähigen Landwirtschaft unter Berücksichtigung (!) des Verkehrswerts ermittelt werden. (Festsetzung zwischen Ertrags- und Verkehrswert, Ermessensspielraum des Gerichts). Im Einzelfall sei eine Gewichtung von Ertrags- und Verkehrswert im Verhältnis 3:1 vertretbar.

6. Literatur (Auswahl)

Dokalik/Weber, Das Recht der Sachverständigen und Dolmetscher⁴ (2017) (Besprechung in Jus Extra 2017, 59).

Probst, Grundeinlöse und Enteignung mit Kommentierung des EisbEG (2017) (Besprechung in der RdU 2018, 174 f.).

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

Anmerkungen:

- ¹ Energiebedarf Kilowattstunde pro m² im Jahr.
- ² Das illustriert die Interpretationsmacht der Juristen.
- ³ § 6 Satz 2 EAVG 2012 sieht nun ausdrücklich eine Haftung des Ausstellers gegenüber dem Käufer vor: „Unbeschadet gewährleistungspflichtiger Ansprüche aus dem Kauf- oder Bestandvertrag haftet der Ausweisersteller dem Käufer oder Bestandnehmer unmittelbar für die Richtigkeit des Energieausweises.“
- ⁴ So schon zutreffend *Angyan*, Anm zu OGH 7 Ob 38/17i, EvBl 2018/89, 612 (614 f).
- ⁵ Vgl dazu *Edlauer*, Nicht schon wieder ein Fehlurteil, OIZ 2018/21 f (wobl 2018, 20 f mit Anm *Vonkilch*).
- ⁶ Zur berechtigten Kritik an diesem VfGH-Erkenntnis *P. Bydlinki*, JBl 2017, 346 ff.
- ⁷ „Paukensschlag“ der Rsp; vgl *Vonkilch*, wobl 2018, 71 ff: Der Lagezuschlag wurde bisher mit einem Grundkostenvergleich iSv § 16 Abs 3 MRG gerechtfertigt. Nun stellt der OGH auf ein einigermaßen einheitliches Wohnungsgebiet ab. Millionen Euro seien nach *Vonkilch* nun rückforderbar; vgl näher im Text.
- ⁸ Literaturtipps des Verfassers: *Hutter/Moshammer/Wallner*, Klimawandel und Gesundheit (2017); *Naomi Klein*, Die Entscheidung – Kapitalismus vs. Klima (2016).
- ⁹ Hinweis: Nach deutschem Recht ist eine solche Vereinbarung unwirksam!
- ¹⁰ Vgl zu dieser Entscheidung auch *Pesek*, wobl 2018, 29 ff.
- ¹¹ *Probst*, Grundeinlöse und Enteignung (2017) 31 ff; dazu *Kerschner*, RdU 2018, 174 f.
- ¹² Zur Parallelverschiebungstheorie bereits zutreffend *Rummel/Schlager*, Enteignungsentschädigung (1981) 124 ff.
- ¹³ Durch die neue Rechtslage hat sich mE nichts Maßgebliches an der einschlägigen Steuerrechtsfrage geändert; vgl ErlRV 1680 24. GP, 7 ff.
- ¹⁴ Vgl OGH 22. 2. 2016, 10 Ob 109/15z; siehe auch *Winner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴, § 365 Rz 32.
- ¹⁵ Vgl *Kerschner*, SV 2017, 127.
- ¹⁶ Dass der Antragsteller auch den Kostenbeitrag zu entrichten hat, steht jedenfalls nicht ausdrücklich in Abs 3.
- ¹⁷ Vgl *Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht⁶ (2018) 226 FN 226.
- ¹⁸ Die Presse vom 5. 2. 2018, verfasst von *Soyer und Marsch*.
- ¹⁹ Die Presse vom 19. 2. 2018, verfasst vom allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen *Gerhard Lazar*.
- ²⁰ Hervorhebungen des Verfassers.