

Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2019

In diesem Jahresüberblick (Mai 2018 bis April 2019) werden nicht nur aktuelle Rechtsfragen für Sachverständige anhand höchstgerichtlicher Judikatur analysiert, sondern auch Überlegungen zum merkantilen Minderwert von Liegenschaften angestellt. Außerdem werden ein Ausblick auf neue Gesetzgebung und ein Literaturüberblick geboten.

1. Aktuelle Rechtsfragen aus der Gerichtspraxis

1.1. Haftung des Sachverständigen

1.1.1. OGH 26. 9. 2017, 5 Ob 60/17k – Warnpflicht des Werkunternehmers/Zurechnung des Architekten (kein Baugrundgutachten) beim Bauherrn? (siehe auch ZRB 2018, 78 [Anm Wenusch])

Sachverhalt: K (Kläger) bestellte bei B (Beklagte) den Neubau eines Gebäudes. Den Einreichplan verfasste ein von K beschäftigter Architekt. Der Generalunternehmervertrag der B erfasste auch die Statik. Weder dem Einreichplan noch der Statikberechnung (durch den Zivilingenieur der B) lag ein Bodengutachten zugrunde. Ohne Baugrundgutachten gingen K und B bei der Besichtigung von „keinen schlechten Bodenverhältnissen“ aus. Tatsächlich waren die Bodenschichten aber sehr locker gelagert, sodass es zu Gebäudesetzungen kam. K beehrte rund € 62.000,- Sanierungskosten. Das **Erstgericht** sprach nur € 28.000,- zu, da K ein Verschulden des Architekten zuzurechnen sei. Das **Berufungsgericht** sprach € 56.000,- zu (aus Warnpflichtverletzung der B), wobei es ein Mitverschulden verneinte.

Der **OGH** bestätigte die 2. Instanz: Zwar sei ein sachverständiger Gehilfe zuzurechnen, aber nur bei Verletzung eigener Pflichten oder Obliegenheiten des Werkbestellers.

Ein Mitverschulden komme aber nur dann in Betracht, wenn der Werkbesteller Pflichten oder Obliegenheiten verletzt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat (RIS-Justiz RS0021646 [T7], RS0021766 [T3]). Dies ist nach der insofern sehr restriktiven Judikatur etwa dann der Fall, wenn der Werkbesteller dem Werkunternehmer den Auftrag unter verbindlicher Festlegung der Herstellungsmethode – etwa durch Erstellung eines exakt ausgearbeiteten Ausführungsplans – erteilt hat, ohne dabei dem Werkunternehmer zu erkennen zu geben, an seiner fachlichen Ansicht oder Kritik an der Ausführungsart interessiert

zu sein (OGH 26. 6. 2014 bzw 25. 8. 2014, 8 Ob 75/13g; 21. 3. 2013, 5 Ob 16/13h [„Baugrundrisiko“]).

Anmerkung: Die Entscheidung ist im Ergebnis zutreffend, aber grundsätzlich ist mE ein selbständiger Unternehmer gemäß § 1304 ABGB nicht zuzurechnen (vgl näher *Kerschner*, Kommentar zum DHG³ [2019] § 2 Rz 21); anderes gilt nur bei Auswahlverschulden. Der Architekt und der Werkunternehmer sind mE allenfalls Solidarschuldner gemäß § 1302 ABGB. Hier hat sich aber der Architekt vertraglich nicht zur Bodenuntersuchung verpflichtet, daher ist dessen Haftung abzulehnen.

1.1.2. OGH 23. 10. 2018, 10 Ob 54/18s – Unverwertbarkeit des Gutachtens („Überholungsverbot“)

Sachverhalt: Eine Bau-GmbH errichtete für K (Kläger) ein Einfamilienhaus. Dieses wurde ein Jahr später durch zwei nicht befugte Landwirte außen verputzt. Wieder ein Jahr später zeigten sich Risse. Aufgrund eines Privatgutachtens klagte K die Bau-GmbH (Vorverfahren) auf € 50.000,-. In diesem Verfahren erstattete der nunmehr beklagte Sachverständige für Hochbau und Statik mündlich sein Gutachten dahin, dass die Bau-GmbH keine mangelhafte Werkleistung erbracht habe. Wegen dieses Gutachtens vereinbarten K und die Bau-GmbH „einfaches“ Ruhen des Verfahrens. K beehrte vom beklagten Sachverständigen € 78.000,-, weil dieser ein unrichtiges Gutachten erstattet habe. Die Unterinstanzen wiesen die Klage ab.

Der **OGH** bestätigte die Abweisung. Diese Rechtsprechung werde, worauf das Berufungsgericht hingewiesen hat, damit begründet, dass im Haftungsprozess gegen den Sachverständigen geprüft werden muss, wie die „richtige“ Entscheidung im Anlassverfahren zu lauten hätte. Ist das Anlassverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen, ziele die Klagsführung im Haftungsprozess im Ergebnis in unzulässiger Weise darauf ab, das Anlassverfahren zu „überholen“.

Aus der Entscheidung 5 Ob 169/06y ergebe sich, dass die Haftung eines Sachverständigen nach den Umständen des Einzelfalls grundsätzlich auch dann bejaht werden kann, wenn das Anlassverfahren anders als durch eine Entscheidung in der Hauptsache, nämlich durch eine Parteienhandlung (damals: Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs) beendet wird, die im Vertrauen auf die Richtigkeit des Gutachtens vorgenommen wird und damit im

Rechtswidrigkeitszusammenhang mit dem Verhalten des Sachverständigen steht (RIS-Justiz RS0022933). Diese Voraussetzungen lägen aber nach dem festgestellten Sachverhalt hier nicht vor (vgl dazu auch in gleicher Weise OGH 21. 11. 2018, 1 Ob 181/18a).

1.1.3. OGH 26. 9. 2018, 1 Ob 150/18t – Subsidiarität der Sachverständigenhaftung

Es geht um die Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung eines Gerichts im Amtshaftungsverfahren (Bund als Beklagter). Trotz kritischer Lehrmeinungen zur Dritthaftung des Sachverständigen¹ hält der OGH hier die **These der Subsidiarität der Sachverständigenhaftung für vertretbar**, wenn eben der Gläubiger einen deckungsgleichen Anspruch gegen einen Vertragspartner hat. Diese bereits vielfach kritisierte Subsidiaritätsthese ist zwar in der Regel für Sachverständige günstig, aber mE dogmatisch unhaltbar.

Sachverhalt: Der Käufer eines Gebäudes hat vom Verkäufer ein Bauzustandgutachten gefordert. Der beklagte Sachverständige wird als Gehilfe dem Verkäufer zugerechnet.

Dem Verzicht des Käufers gegen den Verkäufer stehen Forderungen gegen den Sachverständigen entgegen. Das sei vertretbar, so der **OGH** im Prozess gegen den Sachverständigen.

Auch sei vertretbar, dass die vom Käufer behauptete „Ingerenzhaftung“ des Sachverständigen („für die von ihm geschaffene Gefahrenquelle“) keine Rechtsgrundlage habe. Daher wird der Amtshaftungsanspruch gegen den Bund abgelehnt.

Anmerkung: ME ist es gerade umgekehrt: Sowohl die „objektiv-rechtlichen Pflichten“ aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wie auch die Subsidiaritätsthese – so positiv sie auch für den Sachverständigen sein möge – stehen nirgends im Gesetz. Andererseits ist die **Ingerenzhaftung** wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten als Form deliktischer Haftung allgemein anerkannt und aus dem Gesetz begründbar.²

1.1.4. OGH 23. 5. 2018, 10 Ob 4/18p – Gutachten über Schmerzperioden im Strafverfahren

Sachverhalt: Ein psychiatrischer Sachverständiger „befundet“ im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zu hohe Schmerzen der beiden Opfer der Straftat. Diese begehren dann im Zivilverfahren zu hohes Schmerzensgeld. Daher müssen die Kläger (hier: Rechtsschutzversicherung) € 8.000,- an Kosten tragen („Überklagung“).

Der beklagte Sachverständige wendet ein, nur der Auftraggeber (hier die Staatsanwaltschaft) sei ersatzberechtigt.

Das **Erstgericht** lehnt die Haftung ab, da dem Sachverständigen die Drittinteressen nicht erkennbar waren; anders hingegen das **Berufungsgericht** (der Sachverständige hätte mit „Drittwirkung“ rechnen müssen). Der **OGH**

bejaht ebenfalls die Haftung: Nach Lehre und ständiger Rechtsprechung des OGH hafte ein Sachverständiger, der im Prozess ein unrichtiges Gutachten abgibt, den Parteien gegenüber **persönlich** nach § 1299 ABGB (RIS-Justiz RS0026316, RS0026319; *Karner* in KBB⁵, § 1299 Rz 10 mwN; für den im Strafverfahren bestellten Sachverständigen vgl OGH 30. 10. 2014, 8 Ob 36/14y mwN, RIS-Justiz RS0026360 [T13]).

Die Ersatzpflicht des Sachverständigen nach §§ 1299 f ABGB sei grundsätzlich auf den aus dem Schuldverhältnis Berechtigten beschränkt (RIS-Justiz RS0026234 [T10]). Gegenüber Dritten werde eine Haftung des Sachverständigen nach ständiger Rechtsprechung generell dann anerkannt, wenn der Besteller des Gutachtens für den Sachverständigen erkennbar gerade auch die Interessen des Dritten mitverfolgt. In diesem Fall seien die objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten auf den Dritten zu erstrecken. **Das sei dann der Fall, wenn der Sachverständige damit rechnen muss, dass sein Gutachten Dritten zur Kenntnis gelangen und diesen als Grundlage für ihre Dispositionen dienen wird.** Geschützt sei demnach der Dritte, wenn eine **Aussage erkennbar drittrichtet ist**, also ein **Vertrauenstatbestand** vorliegt, der für den Dritten eine **Entscheidungsgrundlage** darstellen soll. Wesentlich sei daher vor allem, zu welchem Zweck das Gutachten erstattet wurde (OGH 29. 5. 2012, 9 Ob 56/11t mwN; RIS-Justiz RS0106433 [T11, T12]; für das Strafverfahren siehe RIS-Justiz RS0114126; zur Bejahung der Haftung eines in einem Strafverfahren bestellten Sachverständigen gegenüber einem Zeugen vgl OGH 5. 9. 2000, 5 Ob 18/00h).

Anmerkung: Dieses grundsätzlich zutreffende Urteil steht mE im Widerspruch zu vorigem: Schaffung eines Vertrauenstatbestands ist Ingerenz und **Haftung daraus ist Ingerenzhaftung**. Das Ergebnis ist mE aber wegen möglichen (fehlenden) Rechtswidrigkeitszusammenhangs fraglich: einerseits geht es um Strafhöhe, andererseits um Schmerzensgeldberechnung.

1.2. Miscellen aus Miet- und Wohnungseigentumsrecht

1.2.1. OGH 6. 11. 2018, 5 Ob 178/18i – Ermittlungsmethode für angemessenen Mietzins

OGH: Die Beurteilung eines angemessenen Mietzinses sei grundsätzlich eine Rechtsfrage, aber die Ermittlung des **marktüblichen Mietzinses als Orientierungshilfe eine Tatfrage**; die Vergleichswertmethode sei dabei eine Orientierungshilfe; letztlich entscheidet der Richter gemäß § 273 ZPO. Die **Art der im Mietgegenstand tatsächlich ausgeübten Geschäftstätigkeit** sei zwar nach § 12a Abs 2 und 3 MRG (angemessener Mietzins bei Unternehmensveräußerung) und nach § 46a Abs 2 und 3 MRG (Tod des Vermieters), nicht aber bei § 16 Abs 1 MRG maßgeblich.

Die Rechtsauffassung der Vorinstanzen, bei der Angemessenheitsprüfung nach § 16 Abs 1 MRG sei auf den real angemieteten Mietgegenstand abzustellen, eine fiktiv denkbare andere Ausnutzung des Bestandobjekts (hier ei-

nerseits real Apotheke, andererseits Gastronomiebetrieb und Gastgarten) sei hingegen nicht zu berücksichtigen, könne sich auf den unmissverständlichen Gesetzeswortlaut des § 16 Abs 1 MRG stützen, der auf Größe, Art, Beschaffenheit, Lage, Ausstattungs- und Erhaltungszustand des (gemeint wohl: konkreten) Mietgegenstands bei Abschluss des Mietvertrags abstellt, und sei daher jedenfalls vertretbar. Selbst die Judikatur zu § 12a Abs 7 MRG schließe es aus, einen Mietgegenstand in einer anderen als der derzeit gegebenen Ausgestaltung bei der Mietzinsbestimmung zu berücksichtigen, weil sonst ein anderer als der tatsächlich gegebene (= reale) Mietgegenstand der Beurteilung zugrunde gelegt würde (RIS-Justiz RS0110521). Dass bei der Wertermittlung zwar grundsätzlich objektive Gesichtspunkte maßgeblich seien, der individuelle konkrete Vertragszweck – insbesondere die Unterscheidung zwischen Wohn- und Geschäftszweck – aber sehr wohl zu berücksichtigen sei, vertrete nicht nur die Lehre (*Lovrek/Stabentheiner* in Geko Wohnrecht I, § 16 MRG Rz 46), sondern auch die Judikatur (vgl RIS-Justiz RS0070413). Ob im Zuge einer Teilung des Bestandobjekts und Verwendung des Hoftrakts als Wohnung insgesamt allenfalls ein höherer angemessener Zins erzielt hätte werden können, spiele nach der nicht korrekturbedürftigen Auffassung der Vorinstanzen daher keine rechtlich relevante Rolle.

Anmerkung: ME ist fraglich, warum andere Nutzungsmöglichkeiten (hier als Gasthaus mit Garten) nicht relevant sein sollen; diese sind doch allgemein auch beim Verkehrswert maßgeblich. Das Ergebnis dieser leider nicht sehr klaren Entscheidung ist aber eindeutig: Auf mögliche Gasthaus- und Gastgartennutzungen ist nicht Rücksicht zu nehmen.

1.2.2. OGH 10. 4. 2018, 5 Ob 49/18v – Änderung des Wohnungseigentumsobjekts

Sachverhalt: Der Antragsteller begehrt nachträglich die **Genehmigung** einer bereits durchgeführten Änderung seines Wohnungseigentumsobjekts, nämlich Abbruch der Außenwand, Einbau einer Schiebetürenkonstruktion und damit Vergrößerung des Wohnbereichs um 4,37 m². Zur Beurteilung nach § 16 Abs 2 Z 2 WEG (allgemeiner Teil der Liegenschaft): Der OGH hält die Änderung für **nicht verkehrsfähig** (die Rechtsprechung dazu ist sehr zurückhaltend); hier sei die Änderung nicht mit der bloßen Verglasung einer Loggia vergleichbar.

1.3. Zum (Amts-)Sachverständigen

Die Diskussion um die mögliche (strukturelle) Befangenheit von Amtssachverständigen geht weiter.

1.3.1. VwGH 29. 5. 2018, Ra 2018/03/0018 – Befangenheit eines früheren Vertreters der belangten Behörde

Sachverhalt: Es geht um ein Verwaltungsverfahren zu Jagdabschussplänen bzw Wild- und Jagdschäden. Dabei

wirkt ein forsttechnischer Amtssachverständiger mit, der im Verfahren für die belangte Behörde „unterstützend“ tätig war.

Der **VwGH** wiederholt seine Grundsätze zur Befangenheit von Amtssachverständigen: Das Verwaltungsgericht habe stets zu prüfen, ob der Amtssachverständige **tatsächlich unabhängig von der Verwaltungsbehörde** ist. **Anschein der Voreingenommenheit reiche für Befangenheit.** Wenn ein Amtssachverständiger vor dem Verwaltungsgericht auch als **Vertreter** der beklagten Behörde auftritt, sei der objektive Anschein der Befangenheit gegeben. Es müsse keine förmliche Vertretung sein.

Zwar seien Stellungnahmen eines Sachverständigen zu Rechtsfragen unbeachtlich (vgl VwGH 29. 9. 2008, 2006/03/0078) und führten für sich allein nicht zu dessen Befangenheit (vgl VwGH 29. 11. 1994, 92/05/0139). Im vorliegenden Fall habe der Amtssachverständige jedoch nicht bloß sein Gutachten mit (unbeachtlichen) rechtlichen Ausführungen ergänzt, sondern sei in der Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht – auch wenn er nicht förmlich die Rolle des Parteienvertreters für die belangte Behörde übernommen hat – **aufseiten der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren tätig geworden**, was mit der Stellung des zur Unparteilichkeit verpflichteten Amtssachverständigen nicht vereinbar sei und Befangenheit im Sinne des § 7 Abs 1 Z 3 AVG begründe.

Anmerkung: In der Sache mag dieser Fall mE **geradezu typisch** sein. Dieses VwGH-Erkenntnis ist nicht mehr weit von meiner These der „strukturellen Befangenheit“ entfernt.

1.3.2. VwGH 24. 10. 2018, Ra 2016/04/0040 – keine Befangenheit eines Amtssachverständigen

Sachverhalt: Es geht um einen Feststellungsantrag, dass der geplante Betrieb eines Müllverdichters keine bewilligungspflichtige Änderung der Betriebsanlage sei. Der Amtssachverständige habe **bereits im verwaltungsbehördlichen Verfahren mitgewirkt**.

Der **VwGH** sieht darin keine Hemmung der unparteiischen Entschließung durch unsachliche psychologische Motive, daher liege keine Befangenheit vor.

Anmerkung: ME ist diese Auffassung unhaltbar. Der Amtssachverständige wird seine Meinung nicht ändern (können)! Dazu nur in Parenthese ein anderes Erkenntnis des VwGH vom 20. 9. 2018, Ra 2018/11/0077: Eine Frau wollte Milchziegen halten und eine Hofsennerie betreiben. Ein Mann, der ihr beim Antrag auf grundverkehrsbehördliche Genehmigung das Betriebskonzept lieferte, wurde vom Verwaltungsgericht zum nicht amtlichen Sachverständigen bestellt (Expertise: gewinnbringender Betrieb möglich?). Der VwGH meint, das Verwaltungsgericht hätte wegen der früheren Beauftragung des Sachverständigen nicht bestellt werden dürfen. Wird da nicht – obwohl gleichberechtigte Parteien in verwaltungsgerichtlichen Verfahren (Behörde – Partei) – mit zweierlei Maß gemessen?

1.3.3. *VwGH 29. 5. 2018, Ra 2015/06/0084 – Heranziehung von „Richtlinien“ durch Sachverständigen*

Sachverhalt: Es geht um bestimmte Lagerungen in Garagenboxen und Doppelparker-Stellplätzen. Der Sachverständige stützt sich dabei auf **Richtlinien der Landesstelle für Brandverhütung**.

Das **LVwG** verneint die Zulässigkeit der Heranziehung dieser Richtlinien, der **VwGH** bejaht sie.

Nach der Rechtsprechung des VwGH (vgl zuletzt etwa VwGH 28. 2. 2018, Ro 2014/06/0014, mwN) seien Richtlinien (wie im damaligen Beschwerdefall die Richtlinie „Immissionsschutz in der Raumordnung“) grundsätzlich keine Regelungen mit normativer Wirkung. Auch den ÖAL-Lärm-Richtlinien (ÖAL: Österreichischer Arbeitsring für Lärmbekämpfung) komme allgemein keine verbindliche Wirkung zu. Es könne aber keine Unschlüssigkeit des Gutachtens oder Mangelhaftigkeit des Verfahrens darin erkannt werden, dass der Sachverständige **die den anerkannten Regeln der Technik entsprechenden** Grenzwerte der ÖAL-Richtlinie herangezogen hat (vgl VwGH 29. 8. 1995, 94/05/0232). Diese einschlägigen Regelwerke könnten auch von den Sachverständigen als Grundlage ihrer Gutachten herangezogen werden (vgl VwGH 17. 6. 2010, 2009/07/0037). Vorausgesetzt sei jedoch, dass das Gutachten zu einer nach dem Gesetz erforderlichen Sachfrage erstattet wurde.

Anmerkung: Der Hinweis des VwGH, dass die Frage stets auch mit der Auslegung der anzuwendenden Bestimmung zusammenhänge, trifft natürlich zu. Weiters geht es – mit dem VwGH – entscheidend darum, **ob die Richtlinien richtig oder falsch sind**; Grenzwerte müssen eben den anerkannten Regeln der Technik entsprechen.

1.3.4. *VwGH 23. 2. 2018, Ro 2017/03/0025 – Entziehung der Sachverständigeneigenschaft*

Sachverhalt: Ein Sachverständiger gibt in zwei gerichtlichen Verfahren schwer verständliche, teilweise nicht nachvollziehbare und in mehrfacher Hinsicht den gerichtlichen Aufträgen nicht entsprechende Gutachten ab.

Der **VwGH** bejaht eine **Obliegenheit** des Sachverständigen, sich – wenn der Präsident des LG eine begründete Stellungnahme der Kommission nach § 4a SDG einholt – der Kommissionsprüfung zu stellen. Nimmt der Sachverständige ohne hinreichenden Grund an der Prüfung nicht teil, so können daraus bei der Beweiswürdigung negative Schlüsse gezogen werden.

1.3.5. *OLG Linz 20. 11. 2018, 6 R 134/18w – Gutachten „nicht genügend“*

Sachverhalt: Die Kläger kauften vom beklagten Bauträger Wohneinheiten unter Zusicherung uneingeschränkter See- und Schlossblicks. Nachträglich wird die Sicht verbaut. Da der Blick auf See und Schloss dadurch einge-

schränkt ist, begehren die Kläger Preisminderung bzw Schadenersatz.

Die **1. Instanz** verneint eine Wertminderung aufgrund eines Sachverständigengutachtens.

Das **OLG Linz** erkennt hingegen auf Wertminderung. Die **Lage** (Blick auf See bzw Schloss) sei **das** werbestimmende Kriterium. Das anderslautende Gutachten sei „*ungenügend*“. Der Sachverständige habe beim Vergleichswertverfahren als Objekte nur in Bau befindliche Wohnhausanlagen ohne Schloss- und Seeblick herangezogen. Das LBG sehe kein „vereinfachtes Vergleichswertverfahren“ vor.

Anmerkung: Da kann man dem OLG Linz nur uneingeschränkt Beifall zollen, denn **Lage, Lage, Lage ...**

1.4. Enteignung und Entschädigung

1.4.1. *OLG Linz 3. 4. 2019, 2 R 49/19t – Liegenschaftsbewertung „Hitlerhaus in Braunau“*

Das **Erstgericht** hat für die Liegenschaft mit „*Hitlerhaus*“ in Braunau auf eine Enteignungsentschädigung in Höhe von € 1.508.000,- erkannt. Hauptargument für die hohe Entschädigung war, dass der Bund zwecks Verhinderung einer nationalsozialistisch geprägten Vereinnahmung jahrelang einen marktunüblich hohen Mietpreis gezahlt hat.

Das **OLG Linz** hat – auch unter Berufung auf Untersuchungen des Verfassers³ – die Entschädigung auf € 812.000,- herabgesetzt. Es handle sich einerseits um eine Vorwirkung des Enteignungsprojekts und andererseits um einen Teilmarkt, wobei zwar auch der außerordentliche Preis nach § 305 ABGB zu ersetzen sei, wobei dabei aber nur auf die besonderen Interessen des Enteigneten, nicht aber auf solche des Enteigners – wie hier – abzustellen sei.

Anmerkung: Der Verfasser stimmt dieser Entscheidung – wohl wenig überraschend – zu. Der OGH hat in der Zwischenzeit (OGH 25. 6. 2019, 1 Ob 90/19w) die Entscheidung des OLG Linz bestätigt.

1.4.2. *OGH 19. 12. 2018, 3 Ob 233/18p – Fristfrage zu § 20 Abs 3 BStG*

Es geht um die Auslegung von „*binnen drei Monaten nach Rechtskraft des Enteignungsbescheids [ist] die Entscheidung über die Höhe der Entschädigung*“ gerichtlich anfechtbar: Völlig zutreffend sieht der **VwGH** in der Beschwerde beim LVwG ein ordentliches Rechtsmittel; die Rechtskraft tritt daher nicht bereits mit Bescheiderlassung ein.

1.4.3. *OGH 17. 7. 2018, 1 Ob 92/18p – Zeitpunkt der Bemessung der Entscheidung*

Sachverhalt: Durch den Hafenausbau werden Fischereiberechtigte geschädigt. Strittig war der maßgebliche Zeitpunkt der Bemessung der Entschädigung nach § 15 Abs 1 WRG.

Zu Recht hat der **OGH** im Ergebnis auf den **Zeitpunkt der Rechtskraft der Bewilligung** der in die Fischereirechte eingreifenden Baumaßnahmen abgestellt.

1.5. Merkantiler Minderwert von Immobilien

Entgegen der deutschen Praxis scheint die Abwertung einer Liegenschaft aufgrund eines merkantilen Minderwerts in der österreichischen Bewertungspraxis noch nicht üblich bzw wird diese von manchen Sachverständigen sogar dezidiert abgelehnt. Im Folgenden wird gezeigt, dass **der merkantile Minderwert bei Liegenschaften aber bereits in der ständigen Rechtsprechung des OGH anerkannt ist**. Eine ausführliche Untersuchung des Themas ist in Vorbereitung.

Der bei Kfz-Schäden entwickelte, in Österreich und Deutschland gängige Begriff des merkantilen Minderwerts (im Folgenden: MMW) wird meist so umschrieben: „*Ein MMW entsteht dadurch, dass eine reparierte Sache, insbesondere ein repariertes Kfz wegen potentiell verborgen gebliebener Mängel im Verkehr geringer bewertet wird.*“⁴ Nach dem deutschen BGH⁵ geht es – kurz formuliert – um die Minderung des Verkaufswerts, der trotz vollständiger und ordnungsgemäßer Instandsetzung verbleibt. In meiner Untersuchung des Vortragsthemas im Jahr 2007⁶ habe ich versucht, den Begriff auf eine allgemeinere Ebene zu stellen, nämlich: Unsicherheit menschlicher Prognosen bzw Möglichkeit einer Fehleinschätzung bezüglich der Vollständigkeit der Reparatur.⁷ Einige Jahre später, nämlich 2012,⁸ habe ich – schon bezogen auf Liegenschaften – gemeint, dass das Phänomen über die Fälle der reparierten Sache hinausgeht, nämlich um das **Unbehagen präsumtiver Käufer gegen Liegenschaften, die mit einem Risiko verbunden sind**. Beispiel seien die Tunneldienstbarkeiten. Da geht es nicht – zumindest nicht primär – um Reparaturen.

Der MMW ist von seiner **Funktion** her eine bei **der Verkehrswertermittlung zu beachtende mindernde Eigenschaft**. Dabei geht es wohl um einen psychologischen Minderwert, man spricht von Unbehagen, „*Imageschaden*“, „*G'schmäckle*“⁹, „*gflicktem Kittl*“ uam. Der MMW drückt also psychologische Befürchtungen aufgrund einer besonderen Eigenschaft einer Sache aus.

Analysiert man die **OGH-Judikatur aus den letzten Jahren** (zB OGH 27. 4. 2016, 3 Ob 7/16z; 8. 10. 2013, 3 Ob 146/13m; 20. 11. 2012, 10 Ob 43/12i ua), so lässt sich Folgendes festhalten:

- Der OGH geht quasi als feste, unbestrittene Grundlage davon aus, dass der MMW **auch bei Immobilien ersatzfähig** sein kann.
- Zumindest zahlenmäßig im Vordergrund stehen Tunnel-servitute: Prinzipiell kommt der MMW auch bezüglich der Restgrundstücke (und nicht nur beim Servitutsstreifen) in Betracht, wobei aber konkrete Auswirkungen auf die nur indirekt betroffenen Flächen vom Sachverständigen zu erheben bzw festzustellen sind.

- Die Abgrenzung des MMW zum technischen Minderwert erscheint zum Teil nicht geläufig bzw ist nicht bewusst; vgl technische Mängel einer Rohrleitung bzw Mängel bei Spengler- und Fassadenarbeiten.
- Ein bloß (zeitlich) vorübergehender MMW gebührt nur bei (in der Zwischenzeit erfolgtem) konkretem Nutzungs- oder Verwendungsausfall.
- Der OGH anerkennt auch einen MMW in Fällen, in denen keine Reparatur erforderlich bzw möglich ist.
- Prozente?

Grundsätzlich kann mE **eine bloße Berufung auf in der Literatur vorgeschlagene Prozentsätze aus einer Tabelle ohne Lokalaugenschein und ohne weitere Erhebungen nicht reichen**, auch wenn das die einfachste und vielleicht auch beliebteste Form wäre.¹⁰ Die gelegentliche **generelle (!) Ablehnung** solcher Prozentsätze¹¹ kann ich aus folgenden Gründen **nicht teilen**: Prozentsätze, die auf bloßen Behauptungen beruhen, dienen zwar nicht einmal als Orientierung. Aber es gibt auch transparente Prozentsätze, die offenlegen und belegen, wie sie zustande gekommen sind, wie sie wovon abgeleitet worden sind, welche empirischen Fakten dahinter stecken. Basieren solche Tabellen **nachweislich auf tatsächlicher Beobachtung und Erfahrung**, so bieten sie jedenfalls zumindest eine **erste und grobe Orientierung**. Diese ist dann durch Anwendung im konkreten Fall **an die individuellen Besonderheiten** (soweit vorhanden) **anzupassen** (Abschlagsverfahren).

Wenn *Scheifinger*¹² behauptet, dass auch Liegenschaften nach Dekontamination erfolgreich verwertet worden sind, so wird das schon zutreffen, wenn etwa wieder eine industrielle Nutzung erfolgt, wo die Bodenqualität nicht im Vordergrund steht. Bei geplanter dauerhafter Wohnnutzung sieht das aber viel anders aus, wie viele Praxisfälle in der Vergangenheit erwiesen haben. Die **konkrete beabsichtigte Nutzungsart** (industrielle versus dauerhafte Wohnnutzung) spielt eine **erhebliche Rolle**.

Letzte (vielleicht gewagte) These dazu: Wenn sich eine Tabelle am Markt durchgesetzt hat, so wird sie zu beachten sein, auch wenn sie früher falsch war. Es geht ja um ein psychologisches Phänomen!¹³

Nur auf wenige Eckpunkte soll noch hingewiesen werden:

- Der MMW ist ein psychologisches Phänomen, das in der Praxis auch bei Immobilien immer mehr an Bedeutung gewinnt.
- Der MMW ist nicht auf sanierte Liegenschaften beschränkt.
- Alle Wertermittlungsverfahren können bei rationaler Nachvollziehbarkeit zur Berechnung je nach Einzelfall geeignet sein.
- Am ökonomischsten und verlässlichsten erscheint die Expertenbefragung (entweder ist bei bebauten Liegenschaften ein beauftragter Liegenschaftsbewerter selbst

auch Bausachverständiger oder es müssen zwei Gutachter beauftragt werden).

- Prozentsätze und Formeln können Orientierungshilfe sein, mehr aber nicht.
- Der Richter kann bei Unverhältnismäßigkeit eines Beweisverfahrens das „Ob“ und die „Höhe“ des MMW schätzen (§ 273 ZPO).
- Das Ermessen ist ein gebundenes. Dabei sind auch die bisherigen Verfahrensergebnisse zu würdigen.

Ein letzter „Merksatz“: Marktbefragung soweit als möglich (und sinnvoll), Schätzung soweit als zulässig.

2. Gesetzgebung samt Ausblick

2.1. Bundesgesetz, mit dem das Gerichtsorganisationsgesetz, das Gebührenanspruchsgesetz, das Sachverständigen- und Dolmetschergesetz und das Bundesverwaltungsgerichtsgesetz geändert werden (BGBl I 2019/44)

Beharrlichkeit und Durchsetzungskraft, namentlich des Präsidenten des Hauptverbandes Dr. RANT waren erfolgreich. In diesem Rahmen können nur die **Eckpunkte** genannt werden:

- a. Ausnahme von den Sicherheitskontrollen bei Gerichtsgebäuden nun auch für allgemein beeidete und gerichtliche Sachverständige und Dolmetscher – Gleichstellung mit beruflichen Parteienvertretern.
- b. Verpflichtung des Gerichts-Sachverständigen und Dolmetschers zur Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs (ERV); Ziel: Unterstützung des Projekts zur Einführung eines elektronischen Akts.
- c. Der damit verbundene Mehraufwand wird durch neue Gebührenregelungen adäquat abgegolten.

2.2. Neues Altlastenrecht – ALSAG-Novelle 2019; derzeit Ministerialentwurf (87/ME 26. GP)

Diese große „umwälzende“ Novelle zum ALSAG soll nicht nur ein überaus **konsequentes Verursacherprinzip** und die **Förderung der Sanierung von ehemaligen Industrie- und Gewerbestandorten** zur Eindämmung des Bodenverbrauchs (Reduktion des Flächenverbrauchs) bringen, sondern auch eine **Abschöpfung der Wertsteigerung** der durch den Bund sanierten Liegenschaft, einen sogenannten **Wertausgleich beim Liegenschaftseigentümer**.

§ 29 ALSAG nF (Entwurf!)

„Soweit durch Sanierungsmaßnahmen gem § 28 der Verkehrswert einer Liegenschaft nicht nur unwesentlich erhöht wird, hat der Eigentümer einen vom Landeshauptmann von Amts wegen festzusetzenden **Wertausgleich** in Höhe der maßnahmenbedingten Wertsteigerung an den Bund zu leisten. Die Kosten zur Feststellung der Höhe

des **Wertausgleichs** sind vom Eigentümer zu bezahlen. Die Festsetzung hat jeweils nach Rechtskraft eines Überprüfungsbescheides gem § 26 zu erfolgen. Die Höhe des Ausgleichsbeitrags wird durch die vom Bund eingesetzten Mittel zuzüglich einer Wertsicherung auf Basis des Verbraucherindex begrenzt. Parteistellung in dem Verfahren haben der Eigentümer der Liegenschaft und der Bund als Träger von Privatrechten.

Soweit durch Sanierungsmaßnahmen im Rahmen einer **Ersatzvornahme** gem § 4 VVG oder bei Vorliegen von Gefahr im Verzug der Verkehrswert einer Liegenschaft nicht nur unwesentlich erhöht wird und die Kosten der Maßnahmen nicht oder nicht gänzlich vom Verpflichteten eingebracht werden können, ist Abs 1 sinngemäß anzuwenden. Die Höhe des Ausgleichsbeitrags wird zusätzlich mit der Differenz zwischen den eingesetzten Mitteln des Bundes und der beim Verpflichteten eingebrachten Zahlungen begrenzt.

Die durch Sanierungsmaßnahmen bedingte Erhöhung des Verkehrswerts einer Liegenschaft besteht aus dem Unterschied zwischen dem Wert, der sich für die Liegenschaft ergeben würde, wenn die Sanierungsmaßnahmen nicht durchgeführt worden wären (Anfangswert), und dem Verkehrswert, der sich für die Liegenschaft nach Durchführung der Sanierungsmaßnahmen ergibt (Endwert). Der Landeshauptmann hat von dem Wertausgleich die Aufwendungen abzuziehen, die der Eigentümer für eigene Sanierungsmaßnahmen verwendet hat. Mehrere Eigentümer haften solidarisch für den festzusetzenden Wertausgleich.

Im Einzelfall kann von der Festsetzung eines Ausgleichsbeitrags ganz oder teilweise abgesehen werden, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten geboten ist.

An den Liegenschaften, deren Verkehrswert durch in Abs 1 oder Abs 2 genannte Sanierungsmaßnahmen erhöht wurde, besteht ein gesetzliches Vorzugspfandrechtfür den Bund vor allen anderen Pfandrechten in der Höhe des festgesetzten Wertausgleichsbeitrages.“¹⁴

Aus den Erläuterungen zu § 29 ALSAG: „Es sind die Verkehrswerte (Endwert nach Sanierung) durch Sachverständige festzustellen (im Regelfall die Einholung Gutachtens eines ‚Immobilienfachverständigen‘; vgl schon § 6 Abs 4 Z 5 der Förderungsrichtlinie 2016 für die Altlastensanierung oder -sicherung: Gutachten eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten SV für Liegenschaftsbewertungen).“

Dabei wird sich wohl oft auch die Frage des merkantilen Minderwerts von altlastenbehafteten, aber sanierten Liegenschaften stellen; vgl dazu 1.5.

Eine letzte „Frohbotschaft“: Nach einer AVG-Novelle (§ 52 Abs 3 AVG) können nun **vermehrt nicht amtliche Sachverständige in Verwaltungsverfahren** herangezogen werden („wenn davon eine wesentliche Beschleunigung des Verfahrens zu erwarten ist“), insbesondere auch die Überlastung von Amtssachverständigen.¹⁵

3. Neue Literatur

Bienert/Wagner, Bewertung von Spezialimmobilien: Risiken, Benchmarks und Methoden (2018)

Böhm/Reichling/Wolf, Wohnungseigentum: Spezial- und Problemfälle bei Nutzwertgutachten, SV 2018, 36

Bydlinski, „Kurzgutachten“ bei der Liegenschaftsbewertung I und II, RdW 2018, 271 und 343

Empfehlungen der Kapitalisierungszinssätze für Liegenschaftsbewertungen, SV 2018, 83

Grafenauer/Ager, Enteignungsentschädigung, ZLB 2018/13

Hampel, Wertermittlung für Finanzierungszwecke im sozialen Wohnbau, SV 2018, 78

Hillinger, Lager- und Logistikimmobilie, ZLB 2018/41

Hochleitner, Verkehrssicherungspflichten und Wohnungseigentum: Ausgewählte Rechtsfragen, wobl 2019, 1

Kerschner/Götzl, Bewertung einer „Blase“ – oder lediglich die Anpassung an sich verändernde Märkte und den Lebenszyklus des Altbestandes? bbl 2019, 43

Kleewein, Die rechtliche Stellung des Sachverständigen für Naturgefahren im Raumordnungs- und Bauverfahren der Gemeinden, RdU 2018, 93

Knoll/Scharmer, IWD – Der BVTG-Ratenplan und die Auszahlung ohne vorliegende Feststellungsanzeige: Haftungsrisiko für Baufortschrittsprüfer und Treuhänder, wobl 2018, 151

Knoll/Scharmer, IWD – Der Paukenschlag des OGH zur (Un-)Zulässigkeit der Verrechnung des Lagezuschlags beim Richtwertmietzins, wobl 2018, 244

Knoll/Scharmer, IWD – Gebäudebezogene Versicherungspflichten: Ausgewählte Fragen, wobl 2018, 390

Kranewitter, Bewertung von Gewässer-Liegenschaften, ZLB 2018/19

Kranewitter, Grundeinlöse und Enteignung, ZLB 2018/28

Kranewitter, Handelsimmobilien, ZLB 2018/46

Kranewitter, Kurzgutachten, ZLB 2018/10

Kranewitter, Lager- und Logistikimmobilie, ZLB 2018/37

Lehofer, Entziehung der Sachverständigeneigenschaft, Mangelnde Mitwirkung bei Überprüfung, Jus-Extra VwGH-A 2018/6447, 17

Maier, Bewertung im Grundeinlöse- und Enteignungsverfahren, ZLB 2018/30

Nagl, Bewertungszugänge zur Wertermittlung von Seen (Teil I und II), ZLB 2018/23 und ZLB 2018/27

Prodinger, Ermittlung des Grundanteils durch den Grundstückswert, SWK 2019, 30

Rauscher, Ermittlung des angemessenen Bauzinses, ZLB 2018/20

Reiter, Neue Regelungen im Datenschutzrecht und die Tätigkeit von gerichtlich bestellten Sachverständigen, Zak 2018, 147

Schiller, Keine Liegenschaftsbewertung durch ein sogenanntes „Kurzgutachten“, SV 2018, 136

Schiller, Kurz und Gut(achten?), ZLB 2018/10

Schiller, Verkehrswert, ZLB 2018/47

Schmidt, Datenschutz bei Sachverständigentätigkeit, SV 2018, 68

Vonkilch/Scharmer, Zur Dritthaftung von Sachverständigen bei Verletzung objektiv-rechtlicher Pflichten zu ihrer (angeblichen) Subsidiarität, Zak 2018, 164

Wenusch, Warnpflicht bei sachverständig beratenem Bauherrn, ZRB 2018, 78

Anmerkungen:

- ¹ Vgl OGH 20. 12. 2017, 7 Ob 38/17i; dazu *Vonkilch/Scharmer*, Zur Dritthaftung von Sachverständigen bei Verletzung objektiv-rechtlicher Pflichten und zu ihrer angeblichen Subsidiarität, Zak 2018, 164 mwN.
- ² Vgl schon mehrfach *Kerschner*; vgl zuletzt: *Kerschner*, Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2018, SV 2018, 130.
- ³ Vor allem *Kerschner*, Der Verkehrswert von Liegenschaften bei der Enteignungsentschädigung, JBl 2006, 355 ff.
- ⁴ Vgl *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2002) § 1332 Rz 16, mit Rechtsprechungs nachweisen; vgl auch schon *Kerschner*, Der merkantile Minderwert bei der Liegenschaftsbewertung – das Unbehagen des Käufers, SV 2007, 174.
- ⁵ Vgl etwa BGH 6. 12. 2012, VII ZR 84/10.
- ⁶ *Kerschner*, SV 2007, 174.
- ⁷ *Kerschner*, SV 2007, 174.
- ⁸ *Kerschner*, Enteignungsentschädigung bei Leitungsrechten, SV-Sonderheft 2012, 44.
- ⁹ So in Vorträgen oder Seminaren zur deutschen Wertermittlung *Eberhard Arnhammer* in schwäbischer Mundart.
- ¹⁰ Vgl schon meine Skepsis in *Kerschner*, SV 2007, 174 (177 f).
- ¹¹ Vgl etwa *Bienert/Funk*, Immobilienbewertung Österreich³ (2014) 450 f, 464 ff; aber auch *Scheifinger*, ZVB 2010/69.
- ¹² Vgl *Scheifinger*, ZVB 2010/69.
- ¹³ Vgl *Seiser/Kainz*, Der Wert von Immobilien (2011) 772.
- ¹⁴ Hervorhebungen durch den Autor.
- ¹⁵ Vgl anders noch VwGH 27. 6. 2017, Ro 2015/10/0045; dazu kritisch *Kerschner*, SV 2018, 130 (133).