

Vis. Prof. Univ.-Prof. i.R. Dr. Ferdinand Kerschner

Vormals Vorstand des Instituts für Zivilrecht und des Instituts für Umweltrecht der Johannes Kepler Universität Linz, nun Visiting Professor an der Karls-Universität Prag

Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2020/2021

Wegen der COVID-19-bedingten Absagen des Brandlhof-Seminars in den Jahren 2020 und 2021 erschien mein letzter Jahresbericht 2019 (*Kerschner*, Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2019, SV 2019/3, 127), der den Zeitraum bis April 2019 betrifft. Auf Wunsch der „Sachverständige“-Redaktion darf ich nun trotz Ausfalls des Brandlhof-Seminars über die Entwicklungen in zwei Jahren bis April 2021 berichten, wobei die Auswahl vor allem bei den Gerichtsentscheidungen, aber auch bei der Literatur besonders schwierig gewesen ist. Haftungsfragen stehen hier wie dort eindeutig im Vordergrund.

I. Aktuelle Rechtsfragen aus der Gerichtspraxis

1. Zur Haftung von Sachverständigen

1.1. OGH 18. 11. 2019, 8 Ob 110/19p –

Bedeutung medizinischer Richtlinien

Kurzsachverhalt: An einem an Neugeborenenengelbsucht (aber auch an anderen Risikofaktoren) leidenden frühgeborenen Säugling wird in einem Krankenhaus zu spät eine Blutaustauschtransfusion durchgeführt. Dadurch kommt es beim Säugling zu schwersten Behinderungen.

Der OGH bejaht den Anspruch auf Zahlung einer hohen monatlichen Rente. Nur *obiter* hat der OGH zur Bedeutung medizinischer Richtlinien für die Feststellung von Behandlungsfehlern Stellung bezogen: Richtlinien von medizinischen Fachgesellschaften oder Experten können zwar als Beweismittel dienen. Eine Abweichung von einer solchen Richtlinie lässt allerdings keinen unmittelbaren Schluss auf einen Behandlungsfehler zu. Die Umlegung der allgemeinen Richtlinie auf den Einzelfall bedarf einer individuell-sachverständigen Beurteilung. **Eine Richtlinie kann daher kein Sachverständigengutachten ersetzen.**

Anmerkung: Diesen *Obiter*-Äußerungen kommt ganz allgemeine und meines Erachtens völlig zutreffende Bedeutung zu. In vielen Bereichen finden sich Leitlinien bzw. Empfehlungen ohne normativen Charakter. Sie können höchstens Indizwirkung haben, sie können richtig, aber auch falsch sein und bedürfen mit dem OGH stets einer Umlegung auf den konkreten Einzelfall. Meines Erachtens müsste die Lage auch bei nicht verbindlichen ÖNORMEN gleich sein.

1.2. OGH 23. 10. 2019, 7 Ob 96/19x –

Haftung trotz Klagsrücknahme

Kurzsachverhalt: Ein Kläger nimmt in einem Zivilverfahren unter dem Eindruck des für ihn ungünstigen (aber falschen) Gutachtens seine Klage unter Anspruchsverzicht zurück. Er klagt darauf den Sachverständigen wegen seines unrichtigen Gutachtens auf Schadenersatz. Der OGH bejaht zutreffend die Haftung des Sachverständigen, wobei es egal sei, ob der Kläger auf die Richtigkeit des Gutachtens vertraut hat oder bereits von dessen Fehlerhaftigkeit ausgegangen ist und lediglich wegen verminderter Prozesschancen disponiert hat.

Anmerkung: Ob wirklich auch im zweiten Fall (Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des Gutachtens) der Rechtswidrigkeitszusammenhang und adäquate Kausalität zu bejahen sind, erscheint meines Erachtens zumindest in jenem Fall fraglich, in dem das falsche Gutachten im Verfahren bekämpfbar war. Zumindest ein Mitverschulden liegt nahe.

1.3. OGH 25. 10. 2019, 8 Ob 96/19d –

Dritthaftung bei Weitergabeverbot

Kurzsachverhalt: Im Auftrag des Verkäufers eines Reit- und Springpferdes hat der beklagte Tierarzt ein Ankaufsgutachten erstellt, in dem er dem Pferd trotz einer bei gebotener Sorgfalt erkennbarer Griffelbeinfraktur Gesundheit attestiert hat. Im Gutachten ist festgehalten, dass der **Auftraggeber nicht berechtigt ist, das Gutachten an Dritte weiterzugeben** und Dritte daraus keine Rechte ableiten können. Der Kläger erwarb das Pferd vom Käufer im Vertrauen auf das ihm von diesem zur Kenntnis gebrachte Gutachten. Aufgrund des Mangels wandelte der Kläger seinen Kaufvertrag und begehrte vom beklagten Sachverständigen Schadenersatz für seine Aufwendungen für das Pferd (unter anderem Tierarzt- und Einstellkosten). Das Gutachten entfalte auch Schutzwirkungen für ihn als Folgekäufer, außerdem habe der Tierarzt seine Pflichten nach § 19 TÄG verletzt.

Die Unterinstanzen und in der Sache letztlich auch der OGH haben die Klage abgewiesen. Durch ein im Gutachten aufgenommenes Weitergabeverbot könne die Einbeziehung Dritter in dessen Schutzwirkung ausgeschlossen werden. Das gelte zumindest dann, wenn sich die gutachterlichen Aussagen nicht schon nach Natur und Zweck an

Dritte bzw die Öffentlichkeit richten. Auch § 19 TÄG sei kein Schutzgesetz zugunsten Dritter.

Anmerkung: Diese Entscheidung des OGH hat enorme allgemeine Bedeutung, weil sich schon länger in der Praxis solche Weitergabeverbote und Haftungsausschlüsse in Gutachtensaufträgen finden (vgl auch OGH 27. 11. 2019, 6 Ob 205/19v – Gutachten einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft).

Der OGH hat in letzter Zeit die Dritthaftung meist nebeneinander auf vertragliche Schutzwirkung zugunsten Dritter oder/und auf (meines Erachtens erfundene) objektivrechtliche Pflichten gestützt. Letztere sollen zwingend sein. Das Weitergabeverbot hätte somit eigentlich nur die vertraglichen Schutzpflichten ausschließen können. Das zeigt wieder einmal, dass die doppelte Absicherung der Dritthaftung dogmatisch nicht haltbar ist, freilich auch die dogmatische Unsicherheit. Meines Erachtens handelt es sich hier um **deliktische Pflichten**, wobei aber aufgrund des Weitergabeverbots ein Vertrauensschutz ausscheidet. Meines Erachtens wäre hier allenfalls eine deliktische Haftung aufgrund des Qualifikationserfordernisses als Tierarzt nach § 19 TÄG denkbar, die freilich nicht aber bei bloßen Vermögensschäden wie hier zu bejahen ist (vgl näher den Verfasser in einer in nächster Zeit erscheinenden Studie zur Dritthaftung des Sachverständigen).

1.4. OGH 26. 4. 2019, 3 Ob 16/19b – falsche Unternehmensbewertung

Kurz Sachverhalt: Die beklagte Sachverständige erstellt ein Bewertungsgutachten für eine Einzelunternehmerin als Beraterin des Unternehmens. Sie soll die getroffenen Feststellungen mit den subjektiven Vorstellungen und Ergänzungsargumenten verbinden. Das Einzelunternehmen, das objektiv weniger wert als im Gutachten der Beklagten ausgewiesen worden ist, wird in eine GmbH eingebracht.

Der OGH weist die Dritthaftung ab, weil der Dritte, der vom Gutachten Kenntnis erlangt, nicht darauf vertrauen kann, dass die Beklagte als neutraler Gutachter einen objektiven Unternehmenswert ermittelt hat.

Anmerkung: Die Entscheidung ist meines Erachtens vollkommen zutreffend. Aus dem Gutachten ist eindeutig erkennbar, dass die Sachverständige allein im Interesse und nach den subjektiven (Wert-)Vorstellungen des Auftraggebers gehandelt hat. Ein Vertrauen-Dürfen des Dritten ist nicht gegeben gewesen.

1.5. OGH 25. 4. 2019, 4 Ob 245/18k – morsche Dippelbäume/Dachgeschoßausbau

Sachverhalt: Der beklagte Sachverständige hat 2006 statische Berechnungen vorgenommen und Konstruktionspläne für einen Dachgeschoßausbau verfasst und dabei morsche Dippelbäume festgestellt. Der Ausbau wurde 2009 abgeschlossen, wobei der Beklagte eine positive Fertigstellungsanzeige verfasste. Die Klägerin erwarb 2014 das Dachgeschoß. Beim weiteren Ausbau werden

die durchmorschten Dippelbäume festgestellt. Die Klägerin klagt den Sachverständigen auf Ersatz der Sanierungskosten.

Der OGH und die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, da dem Beklagten die Verfolgung der Vermögensinteressen der Klägerin als späterer Wohnungseigentümerin nicht absehbar war. Zudem wird der Schutzzweck öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften für Vermögensschäden abgelehnt.

Anmerkung: Meines Erachtens ist die Dritthaftung vor allem wegen fehlender Erkennbarkeit der Gefährdung der Klägerin und wegen fehlenden Vermögensschutzes zu Recht abgelehnt worden.

1.6. OGH 24. 4. 2020, 7 Ob 47/20t – falsche Fertigstellungsbestätigung

Sachverhalt: Die Klägerin beauftragte eine Bauunternehmerin mit der Errichtung eines Einfamilienhauses. Die dritte Werklohnrate sollte bei Fertigstellung des dritten Bauabschnitts fällig sein. Ein vom Bauunternehmer beauftragter Sachverständiger bestätigte in einem Gutachten die Fertigstellung, obwohl der Bau noch nicht fertiggestellt war und gravierende Mängel aufwies. Das Bauunternehmen fiel in der Folge in Konkurs. Der beklagte Sachverständige berief sich auf die Subsidiarität der Dritthaftung.

Der OGH hat die Gleichwertigkeit der Ansprüche abgelehnt: Die vorzeitige Auszahlung der dritten Rate sei ein anderer Schaden als jener, den der Sachverständige verursacht hat.

Anmerkung: Der Fall zeigt die **Problematik der Subsidiaritätsthese**. Nur mit Krampf hat der OGH das Dilemma der Insolvenz des Bauunternehmens aufgelöst, liefen doch letztlich die Ansprüche gegen Bauunternehmerin und Sachverständigen auf das Gleiche hinaus.

1.7. OGH 30. 4. 2020, 1 Ob 10/20g – Prüflingenieur nach der Wr BauO kein Organ im Sinne des AHG

Kurz Sachverhalt: Dem Prüflingenieur nach der Wr BauO wird vorgeworfen, dass er Mängel des Klägers übersehen habe. Der Kläger begehrt Feststellung der Haftung der Stadt Wien.

Der OGH lehnt die Organstellung des Prüflingenieurs und damit auch den Amtshaftungsanspruch gegen die Stadt Wien ab. Der Prüflingenieur ist eine dem Bauwerber zur Erfüllung seiner Verpflichtungen zur Seite tretende Hilfe. Er wird nicht von der Behörde für die Erfüllung „ihrer Aufgabe in Pflicht genommen“, sondern unterstützt den Bauwerber bei dessen Verpflichtung, den Nachweis der konsensgemäßen Herstellung des Bauvorhabens zu erbringen.

Anmerkung: Diese meines Erachtens völlig zutreffende Sicht hat zur Folge, dass sich der geschädigte Bauwerber an den Prüfungsingenieur selbst halten muss.

**1.8. OGH 18. 11. 2019, 8 Ob 88/19b –
Regress des Bauunternehmers gegen Bauaufsicht**

Sachverhalt: Dem Bauunternehmer ist ein Fehler beim Unterboden passiert, wodurch das darüber verlegte Laminat beschädigt worden ist. Die örtliche Bauaufsicht hätte diesen Fehler erkennen müssen und den Schaden verhindern können. Der Bauunternehmer wird vom Bauherrn in Anspruch genommen und zur Haftung des gesamten Schadens verurteilt. Der Bauunternehmer begehrt anteiligen Ersatz vom Ziviltechniker, der die Bauaufsicht innehatte.

Der **OGH** hat den anteiligen Regress des Bauunternehmers nach § 1302 ABGB bejaht. Die Höhe des Regresses ist nach dem besonderen Innenverhältnis (hier: nach Abwägung der Verursachungsanteile) zu bestimmen.

Anmerkung: Diese erstmals den Regress des Bauunternehmers gegen die Bauaufsicht bejahende Entscheidung hat nicht nur Zustimmung erfahren und hinterlässt auch einen eigenartigen Beigeschmack, obwohl die dogmatische Begründung konsequent erscheint.

Meines Erachtens kann wohl im Einzelfall im Vertrag zwischen Bauherrn und Bauunternehmer allenfalls eine Haftungsbefreiung bezüglich des Regresses zugunsten der Bauaufsicht zu sehen sein. Das bedarf freilich konkreter Anhaltspunkte.

**1.9. OGH 29. 8. 2019, 1 Ob 111/19h –
ärztlicher Behandlungsvertrag**

Sachverhalt: Beim Kläger bestand bei der im Krankenhaus der Beklagten durchgeführten Operation ein ernst zu nehmendes Risiko (Wahrscheinlichkeit von bis zu 3,7 %), dass die verwendete Schraube so positioniert wird, dass sie einen Nerv irritiert. Bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt in der orthopädischen Abteilung der Beklagten wäre ein Neurologe beizuziehen gewesen.

Der **OGH** hat das beklagte Krankenhaus wegen der Sorgfaltsverletzung zur Haftung herangezogen. Entscheidend für den Sorgfaltsmaßstab ist der Leistungsstandard der betreffenden Berufsgruppe. Wegen der besonderen Schwierigkeiten eines exakten Beweises sind im Zusammenhang mit ärztlichen Behandlungsfehlern an den Kausalitätsnachweis geringere Anforderungen zu stellen.

Anmerkung: Die angenommene Beweiserleichterung bei der Kausalität ist meines Erachtens höchst fraglich, auch mit dem Gleichheitssatz schwer vereinbar. Zum einen muss ohnehin – wie sonst die Judikatur annimmt – hohe Wahrscheinlichkeit der Verursachung ausreichen und zum anderen mag meines Erachtens der *Prima-facie*-Beweis genügen, der freilich auch durch den Nachweis eines anderen möglichen Kausalnachweises durch Tatsachen (!) leichter zu entkräften ist.

**2. Befangenheit bzw mangelnde Sachkunde
von (Amts-)Sachverständigen**

2.1. Vorbemerkung

Dass immer häufiger in behördlichen bzw gerichtlichen Verwaltungsverfahren Befangenheit bzw mangelnde Sachkunde der Sachverständigen eingewendet wird, zeigt, dass insbesondere bei Amtssachverständigen, aber auch nicht-amtlichen Sachverständigen erhebliche Problemfelder bestehen (vgl dazu überzeugend für das Strafverfahren *Schwaighofer*, Der Sachverständige im österreichischen Strafverfahren, ZWF 2020, 1; zum veterinärmedizinischen Sachverständigen *Wagner/Ecker*, Zur Weisungsbindung des veterinärmedizinischen (Amts-)Sachverständigen, TiRuP 2019, B-23; zur **strukturellen Befangenheit von Amtssachverständigen** vgl den Rechtskonsulenten des Hauptverbandes der Sachverständigen *Johann Guggenbichler* im Interview; siehe *Schmolzmüller*, Vom Anschein und der Gefahr der Befangenheit, SV Informativ 2021/1, 2; seit Langem *Kerschner*, Artikel 6 EMRK noch nicht voll erfüllt: Zu den neuen Verwaltungsgerichten, in FS Stolzlechner [2013] 347 [357 ff]; zur Problematik auch *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts¹¹ [2019] zu § 52 AVG). Die gegen diese Kritik vorgetragenen Argumente entpuppen sich in der Regel als bloße Behauptungen. Vorweg aber ein Fall, in dem bei einem Polizeibeamten Befangenheit als Sachverständiger bejaht worden ist.

**2.2. OGH 31. 3. 2020, 14 Os 129/19f –
Organ der Kriminalpolizei**

Kurz Sachverhalt: Ein Polizeibeamter des Einsatzkommandos Cobra wird von der Kriminalpolizei bei der Sachverhaltsaufklärung beigezogen. Dieser hat dabei auch kriminaltechnischen Dienst versehen und war daher auch Organ der Kriminalpolizei.

Nach dem **OGH** ist er für eine Funktion als Sachverständiger **in der strafrechtlichen Hauptverhandlung befangen**.

**2.3. VwGH 27. 10. 2020, Ra 2019/16/0006 –
Beschäftigung bei Amtspartei**

Kurz Sachverhalt: Ein Amtssachverständiger ist bei der Amtspartei beschäftigt und ständig in glücksspielrechtlichen Verfahren als Behördenvertreter tätig.

Der **VwGH** vermag keine Befangenheit zu erkennen: Die obigen Umstände vermögen „die Unbefangenheit des vom Verwaltungsgericht beigezogenen Amtssachverständigen ... nicht in Frage zu stellen. Eine Beeinträchtigung der unparteiischen Beurteilung ... wird mit diesen Ausführungen nicht aufgezeigt“.

Anmerkung: Hier werden wirklich **nur Behauptungen** bezüglich der Unbefangenheit, aber keinerlei Sachgründe geboten.

Die folgenden Fälle betreffen die Problematik, dass ein **Sachverständiger sowohl im behördlichen wie auch im gerichtlichen Verwaltungsverfahren** herangezogen wird.

2.4. VwGH 3. 9. 2020, Ra 2019/22/0232 –

Amtssachverständiger bereits in erster Instanz

Kurz Sachverhalt: Der Amtssachverständige ist bei der belangten Behörde tätig und mit der Sache bereits in erster Instanz befasst gewesen.

Der **VwGH** verneint eine Hemmung der unparteiischen Entschließung durch unsachliche psychologische Motive in Bezug auf die konkreten von ihr zu beurteilenden Fachfragen.

Anmerkung: Allein die Tätigkeit als Amtssachverständiger in erster Instanz sei also kein Grund für seine Befangenheit in zweiter Instanz. Meines Erachtens ist dem ein schlagendes Gegenargument entgegenzuhalten: **Der Amtssachverständige wird doch nie oder in der Regel nicht von seinem Gutachten abgehen!** Das würde doch einem Geständnis einer Fehlbeurteilung gleichkommen. Das gilt auch in gleicher Weise für **einen nichtamtlichen Sachverständigen** (anderer Ansicht aber auch bei diesem VwGH 29. 5. 2019, Ra 2018/06/0085; vgl weiters zu diesen Fällen VwGH 28. 5. 2019, Ra 2019/10/0008; 3. 9. 2020, Ra 2019/22/0232).

Zu **mangelnder Sachkunde** ist auf folgende Entscheidungen zu verweisen:

- VwGH 15. 10. 2020, Ro 2019/04/0021 – mangelnde Sachkunde eines umweltmedizinischen Sachverständigen;
- OGH 29. 9. 2020, 14 Os 89/20z – mangelnde Sachkunde und Befangenheit;
- VwGH 21. 5. 2019, Ra 2019/03/0037 – Antrag auf Rezertifizierung;
- VwGH 2. 9. 2019, Ra 2019/03/0105 – Entzug der Eigenschaft als gerichtlich zertifizierter Sachverständiger.

Zu den Voraussetzungen der **Bestellung eines nichtamtlichen Sachverständigen** durch das **BVwG** siehe BVwG 4. 6. 2021, W170 2229324-1.

3. Enteignungsentschädigung

3.1. OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 108/20f – Leitungsservitut in Wald/Projektschaden

Kürzsachverhalt: Für den Bau und Betrieb einer 110-KV-Leitung in einem Waldstück wird zwangsweise eine Leitungsdienstbarkeit eingeräumt. Dabei fallen auch Projektschäden (hier: solche aus dem Bau der Hochspannungsleitung) an, insbesondere aus Risikoerhöhung Kalamität.

Der **OGH** spricht zur Risikoerhöhung Kalamität (was immer das auch sein mag) teilweise einen Projektschaden zu, soweit sie unter § 364a ABGB fallende Beeinträchtigungen betrifft.

Anmerkung: Viele halten diese OGH-Entscheidung für eine Neuerung bei den Projektschäden (zu diesen vgl etwa *Kerschner*, Das Recht der Enteignungsentschädigung [2021] 403; *derselbe*, Enteignungsentschädigung: Der versagte Projektschaden, JBI 2020, 722). Bei Dienstbarkeiten hat – entgegen dem 6. Senat – die ganz überwiegende Judikatur immer schon und ohne Einschränkung Projektschäden zugesprochen. Nun sei nach dem 6. Senat darauf – im Sinne einer Gleichbehandlung mit Nichtenteigneten – abzustellen, wie weit auch Nachbarn Immissionsschäden nach § 364a ABGB geltend machen können. Damit wird der Projektschadenersatz auf wesentliche und örtliche Immissionen eingeschränkt, was mit § 4 EISBEG („alle ... vermögensrechtlichen Nachteile“) überhaupt nicht zu vereinbaren ist (so schon *Wagner*, RdU 2021, 143 [144]). Zum anderen werden damit dem Enteigneten **Steine statt Brot** gegeben. Bei den wichtigen Verkehrsimmissionen bei Straßenbauten handelt es sich nämlich nach herrschender Judikatur um sogenannte hoheitliche Immissionen, die auch von nicht enteigneten Nachbarn nicht geltend gemacht werden können. Ob das vom 6. Senat so erkannt worden ist, kann nicht festgestellt werden. Aber immerhin ist eines **positiv festzuhalten: Es kommt nicht nur – wie von vielen Sachverständigen in der Praxis vertreten – pauschal auf einen bestimmten Servitutsstreifen an.**

3.2. OGH 23. 10. 2019, 1 Ob 115/19x – Nutzungsbeschränkungen im Grundwasserschongebiet

Kurz Sachverhalt: Durch Verordnung des Landeshauptmanns wird ein Grundwasserschongebiet bestimmt und werden Wirtschafterschwernisse angeordnet. Der Wasserverband wird zu Entschädigungszahlungen nach § 34 Abs 4 WRG verpflichtet.

Der **OGH** lehnt zwar eine volle Entschädigung wie nach § 4 EISBEG ab, spricht aber doch Ersatz für jegliche betroffene Nutzung zu. Klargestellt wird, dass auch Wasserverbände entschädigungspflichtig und auch Verordnungen und nicht nur Bescheide entschädigungsauslösend sind. Ein merkantiler Minderwert soll aber nicht zustehen (vgl auch *Kerschner*, Aktuelle Judikatur zum Umweltprivatrecht – Eckpunkte URT 2020, RdU 2021, 50 [51 f]).

4. Anforderungen an Gutachten

4.1. Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002 (Bauzustandsgutachten)

Siehe dazu ausführlich *A. Illedits/S. Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2019, 365.

**4.2. OGH 24. 4. 2019, 7 Ob 68/19d –
Erwachsenenvertretung**

Nach neuer Rechtslage (§ 120a AußStrG in der Fassung des 2. ErwSchG, BGBl I 2017/59) hält der OGH zu Recht unter bestimmten Voraussetzungen auch ein reines Akten-gutachten für zulässig.

5. Anerbenrecht

5.1. Reine Forstbetriebe

Seit 31. 5. 2019 unterliegen anders als bis dahin grund-sätzlich auch reine Forstbetriebe dem Anerbenrecht (vgl § 1 Abs 2 Anerbengesetz in der Fassung BGBl I 2019/38).

**5.2. OGH 6. 8. 2020, 2 Ob 182/19g –
Erbhofeigenschaft bei Verpachtung**

Kurz Sachverhalt: Der Erblasser hat die Ackerflächen auf unbestimmte Zeit zur landwirtschaftlichen Nutzung mit vierjähriger Kündigungsfrist verpachtet.

Entgegen der zweiten Instanz hat der OGH die Erbhofeigenschaft bejaht. Die Verpachtung ist für die Beurteilung der Erbhofeigenschaft nicht zu berücksichtigen, weil es auf die **objektiven Nutzungsmöglichkeiten** ankommt. Hinge-gen gehören die Sparguthaben des Erblassers nicht zum Erbhof. Dessen Leistungsfähigkeit kann auch mit einer möglichen Produktionsumstellung begründet werden.

Anmerkung: Meines Erachtens eine dogmatisch überzeu-gend begründete Entscheidung.

**5.3. OGH 22. 10. 2019, 2 Ob 165/19g –
Übernahmewert bei nicht ertragsfähigen Betrieben**

Kurz Sachverhalt: Aus der Leistungsfähigkeit des konkre-ten Betriebs ist für die Entfertigung der weichenden Erben kein Betrag aufbringbar, ohne die Substanz des Betriebs anzugreifen.

Nach dem OGH soll auch bei kleineren Betriebe als Norm-betriebe nach § 3 bzw § 5 THG der Unternehmer zwar ebenso begünstigt werden, bei der Festsetzung des Übernahmewerts nach § 21 THG kommt aber nicht mehr dem Ertragswert die entscheidende Rolle zu. Vielmehr ist dem Verkehrswert ein prozentuell höheres Gewicht beizu-messen (hier: 80 % des Verkehrswerts).

6. Immobilienmakler

**6.1. OGH 30. 4. 2020, 5 Ob 1/20p –
Pflichten des Immobilienmaklers**

Kurz Sachverhalt: Der vom Makler seinem Auftraggeber empfohlene Kaufpreis lag 20 % unter dem Marktwert. Der Käufer verkauft daher zu einem zu niedrigen Kaufpreis und begehrt vom Makler Schadenersatz.

Der OGH hat hier (eher ausnahmsweise) eine Verletzung der Aufklärungspflicht des Maklers bejaht. Eine derart massive Abweichung ist als äußerst unüblich und als für einen Immobilienmakler auffällig zu beurteilen.

**6.2. OGH 28. 1. 2020, 4 Ob 242/19w –
Provisionsermäßigung wegen Pflichtverletzung**

Kurz Sachverhalt: Entgegen der Bezeichnung der Heizan-lage als „erneuert“ war der Gaskessel bereits 17 Jahre alt.

Der OGH hat hier eine Verletzung der Pflicht des Maklers gesehen, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrich-ten zu geben (§ 3 Abs 3 MaklerG), wozu gemäß § 30b Abs 2 KSchG jedenfalls auch sämtliche Umstände zählen, die für das zu vermittelnde Geschäft wesentlich sind.

7. Varia

Nur stichwortartig ist auf folgende Entscheidungen hinzu-weisen:

OGH 27. 11. 2020, 1 Ob 132/20y: Das **angemessene Benützungsentgelt** nach Weiterbenutzung eines See-ufergrundstücks nach Mietvertragsende kann höher oder niedriger sein als der bisher vereinbarte Mietzins.

OGH 25. 1. 2021, 6 Ob 96/20s – Unternehmens- und Anteilsbewertung bei Ausscheiden eines Gesellschafters (hier: 80 % des Verkehrswerts).

OGH 12. 8. 2020, 5 Ob 137/20p, wobl 2021/29 (Reit-hofer) – Gründerzeitviertel gemäß § 2 Abs 3 RichtWG (Überwiegen des Gebäudebestands aus den Jahren 1870 bis 1917 und bei überwiegender Errichtung von Wohnun-gen der Ausstattungskategorie D; vgl dazu auch schon *Kerschner*, Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständi-gen – 2018, SV 2018/3, 130 [131]).

VwGH 25. 1. 2021, Ra 2018/04/0179 – Lage bei wider-streitenden Gutachten.

II. Gesetzgebung/Ausblick

1. Neue Baumhaftung?

Es liegt ein **Ministerialentwurf** für eine novellierte Baum-haftungsregelung vor:

„Bundesgesetz, mit dem zur Lösung haftungsrecht-licher Fragen bei Bäumen das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch geändert wird (Haftungs-Änderungsge-setz 2022 - HaftRÄG 2022)

Der Nationalrat hat beschlossen:

Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, JGS Nr. 946/ 1811, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 148/2020, wird wie folgt geändert:

1. Nach § 1319a wird folgender § 1319b samt Überschrift eingefügt:

„6b. durch einen Baum

§ 1319b.

(1) Wird durch das Umstürzen eines Baumes oder durch das Herabfallen von Ästen ein Mensch getötet oder an seinem Körper oder seiner Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so haftet der Halter des Baumes für den Ersatz des Schadens, wenn er diesen durch Vernachlässigen der erforderlichen Sorgfalt bei der Kontrolle, Pflege und Sicherung des Baumes verursacht hat.

(2) Die Sorgfaltspflichten des Baumhalters hängen insbesondere vom Standort und der damit verbundenen Gefahr, von der Art und dem Zustand des Baumes sowie von der Zumutbarkeit von Kontroll-, Pflege- und Sicherungsmaßnahmen ab. Im Allgemeinen genügt es, wenn ein Baum jährlich auf mögliche Gefahrenquellen untersucht wird. Besteht ein besonderes Interesse an einem möglichst naturbelassenen Zustand eines Baumes, wie etwa in Nationalparks oder sonstigen Schutzgebieten oder bei einem Naturdenkmal, so ist das bei der Beurteilung der dem Baumhalter zumutbaren Maßnahmen angemessen zu berücksichtigen.

(3) Der Beweis, dass der Baumhalter die erforderliche Sorgfalt vernachlässigt hat, obliegt außerhalb vertraglicher Beziehungen dem Geschädigten.“

2. Dem § 1503 wird folgender Abs. 17 angefügt:

„(17) § 1319b in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XXX/2021 tritt mit 1. Jänner 2022 in Kraft und ist in dieser Fassung auf Schadensereignisse anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2021 eintreten.“

Zum Sachproblem vgl auch *Kerschner*, Ein Baum ist kein Bauwerk, RdU 2021, 74; *Th. Rabl*, Bau(m)werkehaftung oder: Die Angst vor den Angstschnitten, *ecolex* 2021, 601.

2. Neues Altlastenrecht ad acta?

Am 11. 10. 2018 wurde ein Entwurf für eine ALSAG-Novelle 2019 (!) vom BMNT in Begutachtung geschickt. Für Österreich **ganz innovative, in Deutschland schon bewährte Instrumente** (wie vor allem konsequentes Verursacherprinzip, Wertausgleich bei werterhöhender Sanierung und Förderung ehemaliger Industrie- und Gewerbestandorte) sollten zur so wichtigen Reduktion des Bodenverbrauchs beitragen. Trotz grundsätzlicher breiter Zustimmung zur Novelle im Forum der 24. Österreichischen Umweltrechtstage in Linz 2019 scheint der Reformwille in der Zwischenzeit – hoffentlich Corona-bedingt – eingeschlafen zu sein. Wir sollten diesen Reformwillen möglichst rasch wieder

zu neuem Leben erwecken (vgl näher *Institut für Umweltrecht*, Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2020 [2020]).

3. Anerbenrecht

Zur Geltung des **Anerbenrechts** auch für **reine Forstbetriebe** siehe Punkt I.5.1.

III. Neue Literatur

Guggenbichler, Die Warnpflicht der Sachverständigen nach § 25 Abs 1a GebAG, SV 2019/4, 190.

A. Illedits/S. Illedits, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2019, 365.

Kerschner, Das Recht der Enteignungsentschädigung (2021).

Kerschner, Enteignungsentschädigung: Der versagte Projektschaden, JBI 2020, 722.

Kerschner/Kleiber/D. Ertl, Merkantiler Minderwert von Liegenschaften (2021).

Knasmüller, Erste Erfahrung mit der Datenschutz-Grundverordnung für Sachverständige, SV 2019/4, 215.

Längle/Freitag, Merkantile Wertminderung für Young- und Oldtimer, SV 2019/4, 203.

Lassingleithner, Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers über das Vorliegen baubehördlicher Bewilligungen, *immolex* 2019, 361.

Leschanz/Wyrobek, Datenschutz nach der Datenschutz-Grundverordnung, SV 2019/4, 210.

M. M. Roth, Neufassung ÖNORM B 1802-1: Ausgabe 2019, ZLB 2019, 63 und 83.

Schmolzmüller, Vom Anschein und der Gefahr der Befangenheit, SV Informativ 2021/1, 2.

Schwaighofer, Der Sachverständige im österreichischen Strafverfahren, ZWF 2020, 1.

Tritthart, Zur zivilrechtlichen Haftung des Tierarztes, ÖJZ 2020, 5.

Wagner/Ecker, Zur Weisungsbindung des veterinärmedizinischen (Amts-)Sachverständigen, TiRuP 2019, B-23.

Wiesinger, Wer kann Baufortschrittsprüfer nach dem BTVG sein? *bau aktuell* 2019, 217.