



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

**Amtshaftungsrechtliche Folgen der Tätigkeit von Sachverständigen im
Verwaltungsverfahren**

Verfasserin

Mag. iur. Cora Leskovar

angestrebter akademischer Grad

Doctor iuris (Dr. iur.)

Wien, 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Christian Piska

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Abkürzungsverzeichnis | 7 |
| Einleitung | 12 |
| DER SACHVERSTÄNDIGE IM VERWALTUNGSVERFAHREN | 14 |
| 1 Definition des Sachverständigenbegriffs | 14 |
| 2 Sachverständigenbeweis | 15 |
| 3 Notwendigkeit der Aufnahme des Sachverständigenbeweises | 16 |
| 4 Heranziehung von Sachverständigen | 18 |
| 5 Person des Sachverständigen | 19 |
| 5.1 Der Sachverständige als physische Person | 19 |
| 5.2 Anforderungen an den Sachverständigen | 20 |
| 5.3 Auffinden des konkreten Sachverständigen | 21 |
| 6 Arten von Sachverständigen | 22 |
| 6.1 Allgemeines | 22 |
| 6.2 Der Amtssachverständige | 23 |
| 6.3 Der nichtamtliche Sachverständige | 25 |
| 6.4 Der Privatsachverständige | 28 |
| 6.5 Der „beliehene“ und der „in Pflicht genommene“ Sachverständige | 29 |
| 7 Befangenheit und Ausgeschlossenheit von Sachverständigen | 30 |
| 8 Tätigkeit des Sachverständigen im Verwaltungsverfahren | 33 |
| 8.1 Beweisthema | 33 |
| 8.2 Gutachten | 35 |
| 8.3 Beweiswert des Gutachtens | 37 |
| 8.3.1 Würdigung durch die Behörde | 37 |
| 8.3.2 Einwendungen der Parteien | 39 |
| 8.3.3 Nachprüfung durch den VwGH..... | 40 |

| | |
|--|-----------|
| 8.4 Ersetzung der behördlichen Entscheidung? | 41 |
| 9 Exkurs: Weisungsbindung des Amtssachverständigen | 43 |
| 9.1 Verfassungsrechtliche Grundlage | 43 |
| 9.2 Bedeutung der Weisungsbindung | 44 |
| 9.3 Bedeutung für den Amtssachverständigen | 45 |
| 9.3.1 Problem der doppelunktionalen Stellung | 48 |
| 9.3.2 Wertung | 49 |
| DIE AMTSHAFTUNG | 49 |
| 10 Verfassungsrechtliche Grundlage | 49 |
| 11 Amtshaftung und supranationales Recht | 50 |
| 12 Voraussetzungen der Haftung nach dem AHG | 51 |
| 12.1 Allgemeines | 51 |
| 12.2 Rechtsträger | 52 |
| 12.2.1 Allgemeines | 52 |
| 12.2.2 Körperschaften, Anstalten, Fonds..... | 53 |
| 12.2.3 Haftung des organisatorischen Rechtsträgers | 55 |
| 12.3 Organe der Rechtsträger | 56 |
| 12.3.1 Allgemeines | 56 |
| 12.3.2 Organbegriff des AHG | 56 |
| 12.3.3 Organ als natürliche Person | 58 |
| 12.3.4 Erlangung der Organeigenschaft | 60 |
| 12.3.4.1 Privatperson als Organ | 62 |
| 12.3.4.2 Mangelhaftigkeit des Bestellungsaktes | 63 |
| 12.3.5 Besondere Zurechnungsprobleme..... | 64 |
| 12.3.5.1 Zurechnung des Organverhaltens an mehrere Rechtsträger..... | 64 |
| 12.3.5.2 Kompetenzenanmaßung | 64 |
| 12.4 Handeln in Vollziehung der Gesetze | 64 |
| 12.4.1 Gesetzgebung und Vollziehung..... | 64 |

| | | |
|-------------|--|-----------|
| 12.4.2 | Gerichtbarkeit und Verwaltung..... | 65 |
| 12.4.3 | Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung..... | 66 |
| 12.4.3.1 | Amtshaftung nur für Hoheitsverwaltung..... | 66 |
| 12.4.3.2 | Formen der Hoheitsverwaltung..... | 66 |
| 12.4.3.3 | Im Zweifel Privatwirtschaftsverwaltung..... | 67 |
| 12.4.3.4 | Doppelfunktion von Organen..... | 68 |
| 12.5 | Haftung „wem immer“ | 68 |
| 12.5.1 | Schutzzweck der Norm..... | 68 |
| 12.5.2 | Der ausländische Amtshaftungskläger..... | 71 |
| 12.6 | Haftungsvoraussetzungen..... | 72 |
| 12.6.1 | Allgemeines..... | 72 |
| 12.6.2 | Haftung nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts..... | 72 |
| 12.6.3 | Schaden..... | 73 |
| 12.6.4 | Umfang des Ersatzes..... | 75 |
| 12.6.5 | Art des Ersatzes..... | 76 |
| 12.6.6 | Verhalten eines Organs eines Rechtsträgers..... | 77 |
| 12.6.7 | Kausalität des Organverhaltens..... | 77 |
| 12.6.7.1 | Beweislast..... | 78 |
| 12.6.8 | Rechtswidrigkeit des Organverhaltens..... | 80 |
| 12.6.8.1 | Beweislast..... | 82 |
| 12.6.9 | Schuldhaftes Organverhalten..... | 83 |
| 12.6.9.1 | Haftungsmaßstab..... | 84 |
| 12.6.9.2 | Mitverschulden des Geschädigten..... | 85 |
| 12.6.9.3 | Mitverschulden eines Dritten..... | 87 |
| 12.6.9.4 | Beweislast..... | 87 |
| 12.7 | Ausschluss der Amtshaftung..... | 88 |
| 12.7.1 | Verletzung der Rettungspflicht..... | 88 |
| 12.7.2 | Höchstgerichtliches Erkenntnis..... | 91 |

| | | |
|--------------|---|------------|
| 12.7.3 | Verjährung | 93 |
| 12.7.3.1 | Verjährungsfristen | 93 |
| 12.7.3.2 | Hemmung und Unterbrechung der Verjährung..... | 95 |
| 12.8 | Verfahrensrechtliche Durchsetzung von Amtshaftungsansprüchen..... | 97 |
| 12.8.1 | Aufforderungsverfahren..... | 97 |
| 12.8.1.1 | Allgemeines | 97 |
| 12.8.1.2 | Aufforderungsschreiben | 98 |
| 12.8.1.3 | Rechtsfolgen der Unterlassung der Aufforderung..... | 100 |
| 12.8.2 | Amtshaftungsverfahren..... | 101 |
| 12.8.2.1 | Zuständigkeit | 101 |
| 12.8.2.2 | Unterbrechung des Amtshaftungsverfahrens | 102 |
| 12.8.2.3 | Beweiserleichterung im Amtshaftungsverfahren | 105 |
| 12.8.2.4 | Verschwiegenheit und Öffentlichkeit..... | 105 |
| 12.8.2.5 | Immunisierende Wirkung des § 9 Abs 5 AHG | 106 |
| 12.8.2.5.1 | Ausnahmen von der Organimmunität gem § 9 Abs 5 AHG | 109 |
| 12.9 | Regress | 112 |
| 12.9.1 | Allgemeines | 112 |
| 12.9.2 | Rückersatzanspruch des Rechtsträgers gegenüber dem Organ..... | 112 |
| 12.9.3 | Rückersatzansprüche unter Rechtsträgern | 113 |
| 12.10 | Amtshaftung für die Tätigkeit von Sachverständigen im Verwaltungsverfahren | 114 |
| 12.10.1 | Einleitung..... | 114 |
| 12.10.2 | Organstellung der Sachverständigen im Verwaltungsverfahren..... | 115 |
| 12.10.2.1 | Organstellung des Amtssachverständigen | 115 |
| 12.10.2.1.1 | Der Sachverständige im Bauverfahren – faires Bauverfahren?..... | 117 |
| 12.10.2.2 | Organstellung des nichtamtlichen Sachverständigen | 119 |
| 12.10.2.2.1 | Ansicht des OGH..... | 119 |
| 12.10.2.2.2 | Vergleich mit dem gerichtlichen Sachverständigen in der Lehre..... | 119 |

| | |
|--|------------|
| 12.10.2.2.3 Keine Änderung der Judikatur trotz kritischer Stimmen in der Lehre . | 124 |
| 12.10.2.2.4 Forderung nach Einbeziehung der nichtamtlichen und gerichtlichen Sachverständigen in die Amtshaftung | 126 |
| 12.10.2.3 Organstellung der beliebten und der in Pflicht genommenen Sachverständigen..... | 128 |
| 12.10.2.3.1 Der beliebte Sachverständige im Rahmen der wiederkehrenden Begutachtung nach § 57a KFG..... | 131 |
| 12.10.3 Handeln in Vollziehung der Gesetze durch Sachverständige | 135 |
| 12.10.3.1 Amtshaftung nur für hoheitliche Tätigkeit des Sachverständigen..... | 135 |
| 12.10.3.2 Tätigkeit des Sachverständigen als Hilfsorgan im Verwaltungsverfahren. | 135 |
| 12.10.3.3 Sonstigen Aufgaben des Amtssachverständigen im Bereich der öffentlichen Verwaltung | 137 |
| 12.10.4 Argumente für die Einbeziehung des nichtamtlichen Sachverständigen in die Amtshaftung..... | 141 |
| 12.10.4.1 Bestellung im Einzelfall iSd § 1 Abs 2 AHG | 141 |
| 12.10.4.2 Weisungsbindung des nichtamtlichen Sachverständigen | 143 |
| 12.10.4.3 Kein Widerspruch zur Anwendung der §§ 49, 50 AVG..... | 144 |
| 12.10.4.4 Grundsatz der freien Beweiswürdigung | 145 |
| 12.10.4.5 Der nichtamtliche Sachverständige als Beliehener..... | 147 |
| 12.10.4.6 Schutz der Partei und des Sachverständigen..... | 150 |
| 12.10.4.7 Wertung | 152 |
| 12.10.5 Schutzzweck der Verwaltungsmaterie am Beispiel des Baurechts..... | 153 |
| 12.10.6 Schadenskausalität des unrichtigen Sachverständigengutachtens | 156 |
| 12.10.7 Zusammenfassung..... | 157 |
| Literatur- und Judikaturverzeichnis..... | 160 |
| Abstract | 185 |
| Lebenslauf..... | 186 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------|---|
| aA | anderer Ansicht |
| AB | Ausschussbericht |
| ABGB | Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946 |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AHG | Amtshaftungsgesetz BGBl 1949/20 |
| AHV | Amtshaftungsverordnung BGBl 1949/45 |
| AnwBl | Österreichisches Anwaltsblatt (1970 ff) [Lit: Jahr, Seite; E: Jahr/Nummer] |
| Art | Artikel |
| ASGG | Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz BGBl 1985/104 |
| AVG | Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 BGBl 1991/51 |
| B-VG | Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 |
| Bbl | Baurechtliche Blätter (1998 ff) [Lit: Jahr, Seite; E: Jahr/Nummer] |
| Bd | Band |
| begr | begründet |
| BGBI | Bundesgesetzblatt |
| BGHZ | Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (1951 ff) [Band, Seite] |
| BlgNR | Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates |
| bspw | beispielsweise |
| bzgl | bezüglich |
| bzw | beziehungsweise |
| DevG | Devisengesetz BGBl 1946/424 |
| dgl | dergleichen |
| dh | das heißt |
| Dst | Disziplinarstatut 1990 BGBl 1990/474 |
| DVO | Durchführungsverordnung |
| E | Entscheidung |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EKHG | Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz BGBl 1959/48 |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210 |
| EO | Exekutionsordnung RGrBl 1896/79 (Legalabkürzung: BGBl I 2005/68) |

| | |
|-----------------|--|
| EO-Novelle 2000 | Exekutionsordnungs-Novelle 2000 BGBl I 2000/59 |
| etc | et cetera |
| EUR | Euro |
| EvBl | Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung (1934-1938, 1946 ff) [Jahr/Nummer] |
| f | und der, die folgende |
| ff | und der, die folgenden |
| FMA | Finanzmarktaufsicht |
| FMABG | Finanzmarktaufsichtsgesetz BGBl I 2001/97 |
| FN | Fußnote |
| FSG | Führerscheingesetz BGBl 1997/120 |
| G | Gesetz |
| GebAG | Gebührenanspruchsgesetz BGBl 1975/136 |
| gem | gemäß |
| GewO | Gewerbeordnung 1994 BGBl 1994/194 |
| GKG | Gerichtskommissärgesetz BGBl 1970/343 |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GP | Gesetzgebungsperiode |
| GZ | Geschäftszahl |
| hA | herrschende Ansicht |
| hM | herrschende Meinung |
| Hrsg | Herausgeber |
| hrsg | herausgegeben |
| idF | in der Fassung |
| ieS | im engeren Sinn |
| inkl | inklusive |
| insb | insbesondere |
| iS | im Sinn |
| iSd | im Sinn des, -der |
| iVm | in Verbindung mit |
| iwS | im weiteren Sinn |
| JBl | Juristische Blätter (1872-1938, 1946 ff) [Jahr, Seite] |
| JN | Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/111 |
| KFG | Kraftfahrgesetz 1967 BGBl 1967/267 |

| | |
|-------------|---|
| Kfz | Kraftfahrzeug |
| krit | kritisch |
| LG | Landesgericht |
| lit | litera (Buchstabe) |
| Lit | Literatur |
| MietSlg | Mietrechtliche Entscheidungen (1922 ff), derzeit hrsg von <i>Würth</i> [Nummer] |
| mwN | mit weiteren Nachweisen |
| NBG | Nationalbankgesetz 1984 BGBl 1984/50 |
| NJW | (deutsche) Neue Juristische Wochenzeitschrift (1947/1948 ff) [Jahr, Seite] |
| Nr | Nummer |
| ÖA | Der Österreichische Amtsvormund (1969 ff) [Lit und E: Jahr, Seite] |
| ÖBA | Österreichisches Bankarchiv (1953 ff) [Lit: Jahr, Seite; E: Jahr/Nummer] |
| OBDK | Oberste Berufungs- und Disziplinkommission für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter |
| OGH | Oberster Gerichtshof |
| OrgHG | Organhaftpflichtgesetz BGBl 1967/181 |
| ÖZW | Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1974 ff) [Jahr, Seite] |
| ProkG | Prokuratorgesetz StGBI 1945/172 |
| RATG | Rechtsanwaltstarifgesetz BGBl 1969/189 |
| RdU | Recht der Umwelt (1994 ff) [Lit 2002 ff: Jahr/Nummer oder Jahr, Seite; E 2002 ff: Jahr/Nummer] |
| RdW | Österreichisches Recht der Wirtschaft [Lit und E 2000 ff: Jahr/Nummer] |
| RIS | Rechtsinformationssystem des Bundes |
| RS | Rechtssache (bei Europäischen Gerichten) |
| Rsp | Rechtsprechung |
| Rz | Randziffer |
| RZ | Österreichische Richterzeitung (1907-1938, 1945 ff) [Lit: Jahr, Seite; E 1973 ff: Jahr/Nummer] |
| SchifffahrG | Schiffahrtsgesetz BGBl I 1997/62 |
| SDG | Sachverständigen- und Dolmetschergesetz BGBl 1975/137 |

| | |
|--------------|---|
| sog | sogenannt, -e, -er,-es |
| StGB | Strafgesetzbuch BGBl 1974/60 |
| StGBI | Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich |
| str | strittig |
| StV | Staatsvertrag |
| SZ | Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern (1919-1938, 1945 ff) [Band/Nummer] |
| U | Urteil |
| ua | und andere |
| usw | und so weiter |
| uU | unter Umständen |
| UVP | Umweltverträglichkeitsprüfung |
| UVP-G | Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 BGBl 1993/697 (Legalabkürzung: BGBl I 2000/89) |
| UVS | Unabhängige Verwaltungssenate |
| va | vor allem |
| VfGG | Verfassungsgerichtshofgesetz 1952 BGBl 1953/85 (Legalabkürzung: BGBl I 2001/136) |
| VfGH | Verfassungsgerichtshof |
| VfSlg | Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes, Neue Folge (1921-1933, 1946 ff) [Nummer] |
| vgl | vergleiche |
| VwGG | Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 BGBl 1985/10 |
| VwGH | Verwaltungsgerichtshof |
| VwSlg (F, A) | Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes (Finanzrechtlicher bzw. Administrativer Teil) [Nummer] |
| wbl | Wirtschaftsrechtliche Blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht (1987 ff) [Lit: Jahr, Seite; E 1998 ff: Jahr/Nummer] |
| wobl | Wohnrechtliche Blätter (1988 ff) [Lit: Jahr, Seite; E: Jahr/Nummer] |
| Wr BauO | Bauordnung für Wien LGBl für Wien Nr. 1930/11 |
| zB | zum Beispiel |
| ZfV | Zeitschrift für Verwaltung (1976 ff) [Lit und E 2000ff: Jahr/Nummer] |

ZPO

Zivilprozessordnung RGBI 1895/113

ZustG

Zustellgesetz BGBl 1982/200 (Legalabkürzung: BGBl I 2004/10)

Einleitung

In der heutigen Zeit ist durch die Komplexität und Kompliziertheit der an den Staat gestellten Aufgaben und den dadurch immer größer werdenden Bedarf an Fachwissen die Beiziehung von Sachverständigen im Verwaltungsverfahren nicht mehr wegzudenken. Aufgabe der befassten Behörde ist es, den maßgebenden Sachverhalt unter Wahrung des Parteienghört festzustellen. Durch die Vielzahl an Regelungsgegenständen, die Fachwissen voraussetzen, bedarf es mehr denn je des Sachverständigen von Experten, da die Behörde zumeist nicht selbst über das nötige Fachwissen verfügt. Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig, hat die Behörde gem § 52 Abs 1 AVG einen ihr beigegebenen oder ihr zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen beizuziehen. Wenn ein Amtssachverständiger nicht zur Verfügung steht oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten ist, kann ausnahmsweise eine andere geeignete Person als Sachverständiger (sog nichtamtlicher Sachverständiger) gem § 52 Abs 2 und Abs 3 AVG herangezogen werden.

Zu den Kernaufgaben der Sachverständigentätigkeit gehört die Erstattung von Gutachten, welche sodann als Grundlage für die Entscheidung der Behörde dienen. Man denke an ein baurechtliches Gutachten als Grundlage für eine Baubewilligung oder an ein technisches und ärztliches Gutachten im gewerberechtlichen Betriebsanlagenrecht. Darüber hinaus kommt auch sog beliehenen Sachverständigen im Rahmen der wiederkehrenden Begutachtung nach § 57a KFG eine wesentliche Bedeutung in der Verwaltungspraxis zu. Die größer werdenden Anforderungen an Sachverständige aufgrund fortschreitender Spezialisierungen und der raschen Weiterentwicklung von technischen Standards, die zunehmende Komplexität der Aufgabenstellungen von Seiten der Behörden und die Verschärfung rechtlicher Strukturen vermehren das Haftungsrisiko jedes einzelnen Sachverständigen im Verwaltungsverfahren. In dieser Dissertation ist daher der Frage nachzugehen, unter welchen Voraussetzungen Rechtsträger iSd § 1 Abs 1 AHG für Schäden, welche auf ein Fehlverhalten eines Sachverständigen zurückzuführen sind, einzustehen haben. Wesentlich ist dabei die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten von Sachverständigen (amtliche Sachverständige, nichtamtliche Sachverständige, beliehene bzw in Pflicht genommene Sachverständige) und die Beleuchtung der Organstellung der Sachverständigen im Sinne des § 1 Abs 2 AHG.

Der erste Teil der Dissertation behandelt die wesentlichen Grundlagen der Sachverständigentätigkeit im Verwaltungsverfahren. Aufgezeigt werden insbesondere die verschiedenen Arten von Sachverständigen, die Rechtsgrundlagen für das Tätigwerden der jeweiligen Sachverständigen sowie eine Darstellung der Problematik um die Weisungsbindung des Amtssachverständigen als Exkurs.

Im zweiten Teil der Dissertation werden zunächst die allgemeinen Voraussetzungen für einen Haftungsanspruch nach dem AHG erörtert. Um uferlose Ausführungen zum Amtshaftungsrecht zu vermeiden, wird bei den einzelnen Haftungsvoraussetzungen jeweils nur auf die relevanten Aspekte im Zusammenhang mit Amtshaftung für Sachverständige eingegangen werden. Beachtung wird auch jener neuen Judikaturlinie des OGH (vgl 1 Ob 176/08a) geschenkt, wonach nunmehr für Klagen gegen juristische Personen des Privatrechts, die für hoheitliches Handeln in Pflicht genommen oder beliehen wurden, – ebenso wie für Klagen gegen physische Personen als Organe – gemäß § 9 Abs 5 AHG der Rechtsweg unzulässig ist.¹

Kernstück dieser Dissertation ist das Kapitel 12.10, welches die Frage nach der Amtshaftung für Sachverständigentätigkeit und dabei insbesondere die Organstellung der einzelnen Arten von Sachverständigen sowie die Tätigkeit in Vollziehung der Gesetze durch Sachverständige näher beleuchtet. Es wird die These vertreten, dass auch der nichtamtliche Sachverständige Organstellung iSd § 1 Abs 2 AHG erlangt, sodass auch für ein Fehlverhalten des nichtamtlichen Sachverständigen der jeweilige Rechtsträger nach den Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes zu haften hat.

¹ RIS-Justiz RS0124590.

DER SACHVERSTÄNDIGE IM VERWALTUNGSVERFAHREN

1 Definition des Sachverständigenbegriffs

Sachverständige spielen sowohl in Verwaltungsverfahren als auch in gerichtlichen Verfahren eine wesentliche Rolle. Oft fehlt der entscheidenden Behörde oder dem zuständigen Richter das nötige Fachwissen, sodass es notwendig ist, einen Spezialisten beizuziehen. Was jedoch fehlt, ist eine allgemeine Definition des Sachverständigen. In den Verfahrensgesetzen, im AVG für das verwaltungsbehördliche Verfahren einerseits und in der ZPO und StPO für das gerichtliche Verfahren andererseits gibt es keine Legaldefinition des Sachverständigenbegriffs.²

Sachverständiger ist jedermann, der eine Tätigkeit ausübt, die ein besonderes Können oder Fachwissen voraussetzt.³ Nach § 1299 ABGB gibt, wer sich zu einem Amt, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, zu erkennen, dass er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muss daher den Mangel derselben vertreten. Für Sachverständige gilt somit ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab, die Haftung richtet sich nach den allgemeinen Regeln des zivilrechtlichen Schadenersatzrechts. Als Sachverständigentätigkeiten iSd § 1299 ABGB werden insbesondere die berufliche Tätigkeit von Ärzten, Rechtsanwälten, Banken, Ziviltechnikern sowie von Professionisten und qualifizierten Gewerbetreibenden verstanden.⁴

Dieser zivilrechtliche Sachverständigenbegriff ist sehr weit gefasst und geht mit Sicherheit über das Begriffsverständnis des AVG hinaus. Im AVG sind Sachverständige *der Behörde beigegebene oder zur Verfügung stehende amtlichen Sachverständige* (§ 52 Abs 1 AVG) oder *andere geeignete Personen (nichtamtliche Sachverständige gemäß § 52 Abs 2 AVG)*. Es bedarf der Beiziehung durch die Behörde, um den prozessrechtlichen Sachverständigenbegriff zu erfüllen. Somit handelt es sich bei Privatsachverständigen lediglich um Sachverständige iSd § 1299 ABGB, da sie von der Behörde nicht beigezogen wurden, sondern von einer Partei

² Vgl. *Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 1.006.

³ Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 353.

⁴ Vgl. *Karner in KBB*, ABGB³ (2010) § 1299 Rz 5.

zum Beweis ihres Vorbringens herangezogen werden. Betont werden muss, dass es nicht auf die Art der Beiziehung ankommt, die Beiziehung von Amtssachverständigen erfolgt sogar meist formlos. Maßgebend ist, dass die Behörde sowohl beim amtlichen Sachverständigen als auch bei nichtamtlichen Sachverständigen einseitig über die Beiziehung entscheiden kann.⁵

Zur Tätigkeit von Sachverständigen kann festgehalten werden, dass es sich dabei um Personen handelt, die bei der Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes dadurch mitwirken, dass sie Tatsachen erheben (Befund) und daraus Schlussfolgerungen ziehen (Gutachten).⁶

2 Sachverständigenbeweis

Zweck des Ermittlungsverfahrens gemäß § 37 Abs 1 AVG ist die Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes unter Wahrung des Parteienghörs. Jener Teil des Verfahrens, der sich mit der Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes beschäftigt, kann als Beweisverfahren bezeichnet werden. Im Beweisverfahren haben sich die zuständigen Organe der Behörde die notwendige Kenntnis zu verschaffen, um beurteilen zu können, ob sich bestimmte Sachverhalte ereignet haben bzw ob bestimmte Tatsachen vorliegen.⁷ Die Behörde hat bei Führung ihres Verfahrens die Grundsätze der Offizialmaxime, der materiellen Wahrheit, der freien Beweiswürdigung und der Unbeschränktheit der Beweismittel zu befolgen.⁸

Grundsätzlich muss jede Tatsache, auf die eine behördliche Entscheidung gestützt werden soll, durch Beweis belegt werden.⁹ Nach § 45 Abs 1 AVG bedürfen allerdings jene Tatsachen, die bei der Behörde offenkundig sind, und solche, für deren Vorhandensein eine gesetzliche Vermutung besteht, keines Beweises. In § 46 AVG wurde der Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel normiert. Demnach kann jedes Beweismittel verwendet werden, sofern es geeignet ist, den maßgebenden Sachverhalt festzustellen, und wenn es zudem nach der Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist.

In § 47 ff AVG finden sich der Urkundenbeweis, der Zeugenbeweis, die Beteiligtenvernehmung, der Sachverständigenbeweis und der Augenschein. Unter all diesen

⁵ Vgl *Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 1.008 f.

⁶ Vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁸ (2003) Rz 358.

⁷ Vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁸ (2003) Rz 315.

⁸ Vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁸ (2003) Rz 319.

⁹ Vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁸ (2003) Rz 318.

Beweismitteln nimmt der Sachverständigenbeweis eine sehr zentrale Rolle ein. Ohne das Fachwissen von Experten wäre die Behörde oftmals nicht in der Lage, eine sachgemäße und rechtmäßige Entscheidung zu treffen, da die zu beurteilenden Sachverhalte oftmals sehr komplex sind. Der wesentliche Unterschied zwischen dem Beweis durch Sachverständige und durch Zeugen ist darin zu sehen, dass nur der Sachverständige Tatsachen im Verfahren und für Zwecke des konkreten Verfahrens wahrnimmt und dass dem Sachverständigen auch die Funktion zukommt, Schlüsse aus entscheidungsrelevanten Tatsachen zu ziehen.¹⁰ Der Zeuge berichtet im Verfahren hingegen über subjektive Wahrnehmungen, die er außerhalb des Verfahrens gemacht hat.¹¹ Der Zeuge ist daher auch nicht ersetzbar, Sachverständiger kann allerdings jede Person mit entsprechendem Fachwissen sein. Kein Sachverständiger ist der „sachverständiger Zeuge“. Dabei handelt es sich vielmehr um eine Person mit besonderer Fachkenntnis, die Tatsachen zufällig selbst wahrgenommen hat.¹² Sie ist Zeuge und als solcher zu vernehmen.¹³

Die zentrale Bestimmung im Verwaltungsverfahrensrecht für den Sachverständigenbeweis ist § 52 AVG. Der Beweis durch Sachverständige ist im 2. Abschnitt des II. Teils des AVG unter der Überschrift „Beweise“ geregelt. Daraus ergibt sich auch, dass es sich beim Sachverständigenbeweis um eines der fünf klassischen Beweismittel des AVG handelt.¹⁴

In den materiell rechtlichen Vorschriften der einzelnen Verwaltungsmaterien finden sich weiters Bestimmungen, die einerseits auf die Notwendigkeit eines Sachverständigenbeweises hinweisen oder klarstellen, welche Sachverständige dem Verfahren beizuziehen sind.¹⁵ Bspw ergibt sich im gewerberechtlichen Betriebsanlagenverfahren die Notwendigkeit, sowohl einen technischen als auch einen medizinischen Sachverständigen beizuziehen (vgl § 77 GewO).

3 Notwendigkeit der Aufnahme des Sachverständigenbeweises

Nach § 52 Abs 1 AVG ist ein Sachverständiger dem Verfahren beizuziehen, wenn die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig ist. Das Gesetz sagt allerdings nichts darüber aus, wann „Notwendigkeit“ im Sinne dieser Bestimmung vorliegt. Die Frage, wann ein Sachverständiger einem verwaltungsbehördlichen Verfahren beizuziehen ist, wird

¹⁰ Vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 52 Rz 2.

¹¹ Vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 48 Rz 2 ff.

¹² Vgl Attlmayr, Recht des Sachverständigen (1997) 55.

¹³ Vgl Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht⁵ (2009) 199 FN 694.

¹⁴ Vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 52 Rz 4.

¹⁵ Vgl Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 1.036.

unterschiedlich beantwortet. Nach der Judikatur des VwGH kann die Behörde nach freiem Ermessen entscheiden, ob sie die Beiziehung von Sachverständigen für notwendig erachtet.¹⁶ Nach Auffassung der Lehre kommt der Behörde hier kein Ermessen zu.¹⁷ Ein Sachverständiger ist immer dann einem Verfahren beizuziehen, wenn es in den Verwaltungsvorschriften vorgesehen ist oder wenn für die Entscheidungsfindung besondere Fachkenntnis notwendig ist.¹⁸ Nach *Hengstschläger/Leeb* ist hier auf die „allgemeinen Grundsätze des Beweisverfahrens“ zurückzugreifen. Sofern die Verwaltungsvorschriften die Einholung eines Gutachtens nicht ausdrücklich anordnen, obliegt die Entscheidung nach dem Grundsatz der arbiträren Ordnung der Behörde, ob ein Sachverständiger beizuziehen ist. Wenn die Beiziehung eines Sachverständigen zur Erforschung der materiellen Wahrheit erforderlich ist, hat die Behörde eine entsprechende Verfahrensordnung zu treffen.¹⁹ Die Notwendigkeit, ein weiteres Gutachten einzuholen, ergibt sich immer dann, wenn die Behörde das erste Gutachten für mangelhaft erachtet sowie es einer Ergänzung bedarf (in erster Linie wird hier eine ergänzende Stellungnahme des ersten Sachverständigen verlangt werden). Ebenso steht auch der Partei frei, die Mangelhaftigkeit eines Gutachtens aufzuzeigen sowie der Behörde ein Gutachten eines (privaten) Sachverständigen vorzulegen.²⁰

Betont werden muss an dieser Stelle auch, dass die Behörde keiner Bindungswirkung unterliegt, sie kann vielmehr von einem (mangelfreien) Gutachten in ihrer Entscheidung abweichen, sofern sie ihre abweichende Meinung auf dem Niveau einer wissenschaftlichen Äußerung darlegt.²¹

Sofern die Behörde über die erforderlichen Fachkenntnisse selbst verfügt, darf sie diese Fragen auch ohne Sachverständigenbeweis beurteilen.²² Ist die Beiziehung eines Sachverständigen allerdings geboten und unterlässt die Behörde die Beiziehung, stellt das Unterlassen einen wesentlichen Verfahrensmangel dar und der Bescheid ist gem § 42 Abs 2 Z 3 VwGG anfechtbar.²³

¹⁶ VwGH 12.12.1978 1246/77.

¹⁷ Vgl *Aigner*, Der (Amts)sachverständige, JBl 1983, 352 (353 f).

¹⁸ Vgl *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ (2009) 200; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁸ (2003) Rz 361.

¹⁹ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 8, 9.

²⁰ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 14, 15.

²¹ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 14; VwGH 811/73.

²² VwGH 2.12.1955, 3379/53.

²³ VwGH 27.5.1992, 91/03/0106.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Behörde bei Vorliegen von Fachfragen immer einen Sachverständigen beizuziehen hat, anderenfalls ist der Bescheid mit Rechtswidrigkeit behaftet. Nur im Ausnahmefall ist die Behörde ermächtigt, bei Vorliegen ausreichender Kenntnisse und Erfahrungen Fachfragen selbst zu beantworten.

4 Heranziehung von Sachverständigen

Wenn sich im jeweiligen Verfahren die Notwendigkeit der Aufnahme eines Sachverständigenbeweises ergibt, hat die Behörde einen geeigneten Sachverständigen heranzuziehen. Im Gesetz befindet sich allerdings keine Regelung wie die tatsächliche Beweisaufnahme erfolgen soll.²⁴ In der Regel erfolgt der Sachverständigenbeweis durch Erstellung von Befund und Gutachten.

In der Praxis erfolgt die Beiziehung eines amtlichen Sachverständigen formlos. Im Gegensatz zur ZPO, die eine Sachverständigenbestellung durch Beschluss²⁵ vorsieht, findet sich keine vergleichbare Regelung im Verwaltungsverfahren. Dem amtlichen Sachverständigen wird der Akt persönlich oder seinem Vorgesetzten mit dem Ersuchen, Befund und Gutachten zu erstellen, übersandt. Sofern ein Amtssachverständiger einer anderen Behörde beizuziehen ist, ist das Ersuchen an die nach der Geschäftsordnung zuständige Organisationseinheit zu übermitteln. Dabei geschieht es in der Praxis nicht selten, dass das Gutachtensthema nicht näher konkretisiert wird und der Akt mit dem bloßen Vermerk „Mit dem Ersuchen um Begutachtung“ versehen wird.²⁶

Naturgemäß ergibt sich aus der Eingliederung des Amtssachverständigen in den Behördenapparat und dem Vorliegen eines bestehenden Rechtsverhältnisses in Form eines Dienstverhältnisses, dass eine formlose Heranziehung möglich und auch tunlich ist, hingegen muss bei der Heranziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen erst einmal ein Rechtsverhältnis zur Behörde geschaffen werden. Die Bestellung eines nichtamtlichen Sachverständigen erfolgt mittels verfahrensrechtlichen Bescheides, welcher gegenüber den Parteien keine selbstständige Wirkung entfaltet, sodass er nicht selbstständig anfechtbar ist. Gegenüber den Parteien wirkt die Heranziehung gemäß § 52 Abs 2 AVG eines nichtamtlichen Sachverständigen gemäß § 39 Abs 2 letzter Satz AVG als bloße Verfahrensordnung

²⁴ Vgl. *Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 1.042.

²⁵ *Rechberger in Fasching/Konecny*² III § 351 ZPO Rz 4 mwN: Bestellungsbeschluss von der ständigen Rsp als nicht abgesondert anfechtbarer Beschluss iSd § 366 ZPO betrachtet).

²⁶ Vgl. *Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 1.043.

(§ 63 Abs 2 AVG).²⁷ Der Bestellungsbescheid, mit dem die betreffende Person zum nichtamtlichen Sachverständigen wird, ist nur von dieser selbst im Instanzenzug anfechtbar. Der nichtamtliche Sachverständige ist weiters gem § 52 Abs 4 AVG zu beeidigen, sofern er nicht bereits für die Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art im Allgemeinen beeidet ist (vgl § 1 Abs 1 SDG). Die Unterlassung der Beeidigung stellt einen Verfahrensverstoß dar, der allerdings nicht zur Rechtsungültigkeit des Bestellungsaktes führt.²⁸

Im Gegensatz dazu wird der Auftrag zur Erstellung eines Privatgutachtens nicht von der Verwaltungsbehörde, sondern von einer Partei erteilt. Dieser Auftrag gründet sich daher jedenfalls im Privatrecht, sodass sich die Rechte und Pflichten der Beteiligten nicht aus dem Gesetz, sondern vielmehr aus dem vertraglich Vereinbarten und ergänzend aus den gesetzlichen Bestimmungen zum jeweiligen Vertragstyp ergeben. Es ist somit Aufgabe der Partei, das Thema des Gutachtens vorzugeben. In der Regel wird der dem Gutachten zu Grund liegende Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren sein.²⁹ Auf die dennoch vorhandene große Rolle des Privatsachverständigen im Verhältnis zum Gutachten eines amtlichen oder nichtamtlichen Sachverständigen wird weiter unter noch einzugehen sein. Jedenfalls handelt es sich bei einem Privatsachverständigen um einen von einer Partei beigezogenen Sachverständigen, sodass kein (hoheitliches) Handeln der Behörde gegeben ist und damit kein Amtshaftungsanspruch durch ein Privatgutachten begründet werden kann. Vielmehr haftet der Privatsachverständige nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts der geschädigten Person persönlich.

5 Person des Sachverständigen

5.1 Der Sachverständige als physische Person

Nach der Rsp des VwGH kann ein Sachverständiger im Sinne des § 52 AVG nur eine physische Person sein.³⁰ Das ergibt sich auch aus dem System des AVG.³¹ Juristische Personen oder Behörden kommen daher als Sachverständige – vorbehaltlich anders lautender gesetzlicher Regelungen – nicht in Betracht. Dass sich die § 52 ff AVG ausschließlich auf physische Personen beziehen, ergibt sich für den Amtssachverständigen daraus, dass nur eine natürliche Person iSd § 53 Abs 1 AVG iVm § 7 AVG befangen sein kann. Für den

²⁷ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 52.

²⁸ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 121.

²⁹ Vgl *Schmidt*, Privatgutachten, Sachverständige 2010, 1 (1).

³⁰ VwGH 26.9.1980, 1344/79; 12.9.1980, 1343/79; 29.7.1992, 91/12/0036.

³¹ Vgl *Mayer*, Der Begriff der „Anstaltsgutachten“ im Verwaltungsrecht, ÖZW 1982, 1 (4).

nichtamtlichen Sachverständigen folgt aus der Möglichkeit der Ablehnung nach § 53 Abs 1 AVG sowie der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Zeugeneinvernahme (§§ 49 f AVG), dass nur eine physische Person als nichtamtlicher Sachverständiger zulässig ist.³² Darüber hinaus sind nur natürliche Personen von der strafrechtlich sanktionierten Wahrheitspflicht umfasst.³³

Eine Betrauung von juristischen Personen und Institution mit der Erstattung eines Gutachtens (sog Anstaltsgutachten) ist nur möglich, sofern das in den vorrangigen Verwaltungsgesetzen vorgesehen ist.³⁴ Beispielsweise normiert § 12 Abs 2 UVP-G die Zulässigkeit der Einholung von Gutachten von fachlich einschlägigen Anstalten, Instituten oder Unternehmen. Ob bei Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigung ein solches Gutachten als sonstiges Beweismittel gemäß § 46 AVG verwendet werden kann, ist strittig, da es zwar einerseits eine Umgehung des Sachverständigenbeweises iSd § 52 AVG bedeuten würde, andererseits würde die Unzulässigkeit dem Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel widersprechen.³⁵

5.2 Anforderungen an den Sachverständigen

Um als Sachverständiger von einer Behörde in einem verwaltungsbehördlichen Verfahren beigezogen zu werden, muss der Sachverständige bestimmte Anforderungen erfüllen. Der Sachverständige muss einerseits besondere Sachkunde auf jenem Gebiet aufweisen, welches die Erstattung von Befund und Gutachten erfordert. Manche Materiengesetze stellen besondere Qualifikationserfordernisse an den Sachverständigen, zB das Erfordernis des hochbautechnischen Sachverständigen (vgl § 24 Abs 4 Tiroler Bauordnung). Andererseits muss der Sachverständige über die nötigen Mittel verfügen, insb technische Geräte, die er für die Gutachtenserstattung benötigt. Weiters muss der Sachverständige in der Lage sein, das Gutachten in angemessener Frist erstatten zu können.³⁶

³² Vgl Mayer, Der Begriff der „Anstaltsgutachten“ im Verwaltungsrecht, ÖZW 1982, 1 (4).

³³ VwGH 25.4.2003, 2001/12/0195; 20.5.2008, 2005/12/0116; vgl auch Vgl Zellenberg in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) 3.005.

³⁴ Vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 52 Rz 18.

³⁵ Vgl Zellenberg in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) 3.006; ablehend Mayer, Der Begriff der „Anstaltsgutachten“ im Verwaltungsrecht, ÖZW 1982, 1 (4): Nach Mayer ist aus dem Umstand, dass das AVG bestimmte Beweismittel näher regelt abzuleiten, dass der Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel insoweit eingeschränkt sei. Beispielsweise dürfe auch eine Person, die gem § 48 AVG nicht als Zeuge vernommen werden dürfe, auch nicht über den Umweg des § 46 AVG als „sonstigees Beweismittel“ vernommen werden. Das gelte auch in gleicher Weise für den Sachverständigenbeweis, da die Behörde bei Aufnahme eines Sachverständigenbeweises an die §§ 52 ff AVG gebunden ist. Nach Mayer ist daher die Bestellung von Anstalten als Sachverständige auf dem Boden des AVG unzulässig. Anders hingegen, wenn durch gesetzliche Vorschriften etwas anderes bestimmt wird.

³⁶ Vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 52 Rz 20.

Um besonderes Fachwissen auf einem besonderen Gebiet zu haben, bedarf es in der Regel einer einschlägigen Ausbildung auf dem jeweiligen Gebiet sowie praktischer Erfahrung, sodass in den meisten Fällen die berufliche Qualifikation des Sachverständigen zu dessen Tätigkeit als Sachverständiger führt.³⁷ Ohne Bedeutung ist, ob die jeweilige Person zum Zeitpunkt der Bestellung nach gewerbe- oder berufsrechtlichen Vorschriften berechtigt war, der Bestellung zum nichtamtlichen Sachverständigen Folge zu leisten.³⁸

Sowohl der Begriff des Amtssachverständigen als auch der des nichtamtlichen Sachverständigen sind keine geschützten Berufsbezeichnungen. Im Vergleich dazu normiert § 2 SDG die Voraussetzungen für die Eintragung in die Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen. Daraus folgt, dass es für amtliche und nichtamtliche Sachverständige keine vereinheitlichten Anforderungen an deren Qualifikationen gibt, sodass es an einer formalisierten Ausbildung mangelt. So kommt es, dass lediglich der Nachweis einschlägiger Ausbildung sowie praktischer Erfahrung ausreicht, um als Sachverständiger einem Verfahren beigezogen werden zu können.³⁹ Grundvoraussetzung für die Begründung eines Dienstverhältnisses der Behörde mit einer bestimmten Person als Amtssachverständigen ist die Übereinstimmung deren Qualifikationen mit dem geforderten Anforderungsprofil in der Stellenausschreibung. Beispielsweise bedarf die Einstellung als Amtsarzt eines medizinischen Studiums.⁴⁰ In weiterer Folge obliegt es der jeweiligen Dienststelle, für die entsprechende Ausbildung der Sachverständigen zu sorgen.⁴¹ Hierzu gehört die Abhaltung von Dienstprüfungen und Schulungsmaßnahmen. Echte Spezialisierungen sind aus Kosten, aber auch aus Auslastungsgründen, schwer möglich.⁴²

5.3 Auffinden des konkreten Sachverständigen

Im Bereich der Amtssachverständigen gibt es keine offiziellen Sachverständigenlisten, wie es diese im Bereich der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen gibt. Diese Tatsache erschwert die Suche nach einem entsprechenden Experten und führt zur Undurchsichtigkeit für die Parteien. Abhilfe schaffen bei manchen Gebietskörperschaften (zB

³⁷ Vgl Happacher Brezinka in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 1.084.

³⁸ VwGH 10.6.1999, 96/07/0191.

³⁹ Vgl Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 1.049.

⁴⁰ Vgl Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 1.050.

⁴¹ Vgl Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 1.011.

⁴² Vgl *Binder*, Aufgaben, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 79.

in Wien und Niederösterreich) eingerichtete Sachverständigenabteilungen sowie die Recherchemöglichkeiten durch das Internet (Besuch der Website der jeweiligen Behörde).⁴³

Nichtamtliche Sachverständige sind gem § 52 Abs 2 AVG „andere geeignete Personen“. Einzige Voraussetzung ist daher die fachliche Befähigung.⁴⁴ Über die Art der Auffindung gibt es keinerlei Regeln. Oftmals werden gerichtliche Sachverständige als nichtamtliche Sachverständige dem Verfahren beigezogen, diese sind in der elektronischen Gerichtssachverständigen- und Dolmetschliste (vgl § 2 Abs 1 SDG) eingetragen.

6 Arten von Sachverständigen

6.1 Allgemeines

Für das Verwaltungsverfahren müssen verschiedene Arten von Sachverständigen unterschieden werden: Amtssachverständige, nichtamtliche Sachverständige, Privatsachverständige sowie „beliehene“ und „in die Pflicht genommene“ Sachverständige. Die Unterscheidung ist insofern von Bedeutung, als es Unterschiede in der Beantwortung der Frage, ob der jeweilige Sachverständige Organstellung iSd § 1 Abs 2 AHG (siehe Punkt 12.10.2) erlangt und somit ein Amtshaftungsanspruch für die fehlerhafte Tätigkeit des Sachverständigen entstehen kann, gibt. Der Differenzierung zwischen den einzelnen Arten von Sachverständigen kommt aber auch im Hinblick auf die Möglichkeit der Ablehnung wegen Befangenheit – nichtamtliche Sachverständige können im Gegensatz zu Amtssachverständigen von den Verfahrensparteien abgelehnt werden – sowie einen allfälligen Gebührenanspruch des Sachverständigen – nichtamtliche Sachverständige haben einen Anspruch auf Gebühren, hingegen ist der Kostenaufwand für Amtssachverständige von Amts wegen zu tragen – Bedeutung zu.

Der Beiziehung eines Amtssachverständigen wird vom Gesetz gem § 52 Abs 1 AVG der Vorzug zu geben. Voraussetzung ist natürlich die notwendige Fachkunde des jeweiligen Amtssachverständigen. Der Grund für den Vorzug kann im Schutz vor hohen Kosten eines nicht amtlichen Sachverständigen gesehen werden.⁴⁵ Bei Amtssachverständigen handelt es sich um der Behörde beigegebene oder zur Verfügung stehende Sachverständige. Im Gegensatz dazu sind nichtamtliche Sachverständige nur im Ausnahmefall einem Verfahren

⁴³ Vgl Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 1.097.

⁴⁴ Vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 52 Rz 28.

⁴⁵ Vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 52 Rz 22.

zuzuziehen, einerseits wenn ein Amtssachverständiger nicht zur Verfügung steht oder andererseits wenn aus Rücksicht auf den Fall die Bestellung einer anderen geeigneten Person als geboten erscheint (§ 52 Abs 2 AVG). Sofern eine wesentliche Beschleunigung des Verfahrens zu erwartet ist und die Beiziehung von demjenigen, über dessen Ansuchen das Verfahren eingeleitet wurde, angeregt wird sowie die daraus resultierenden Kosten einen von dieser Partei bestimmten Betrag nicht übersteigen, ist die Beiziehung auch ohne Vorliegen der Gründe nach Abs 2 zulässig (§ 52 Abs 3 AVG). Privatsachverständige werden im Vergleich zu Amtssachverständigen und nichtamtlichen Sachverständigen nicht von der Behörde, sondern von der Partei herangezogen.⁴⁶ Eine wesentliche Rolle in der Verwaltung spielen weiters „beliehene“ und „in die Pflicht genommene“ Sachverständige.

6.2 Der Amtssachverständige

Das Gesetz normiert in § 52 Abs 1 AVG den Vorrang der Beiziehung eines Amtssachverständigen gegenüber der Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen. Wird somit die Aufnahme eines Sachverständigenbeweises *notwendig*, ist in erster Linie ein Amtssachverständiger dem Verfahren beizuziehen und damit „amtliches Wissen“⁴⁷ zu verwerten. Amtssachverständige sind Personen, die der Behörde „beigegeben“ sind oder ihr „zur Verfügung stehen“.

Ein Sachverständiger ist einer Behörde beigegeben, wenn er organisatorisch in die Behörde eingegliedert ist. Der Sachverständige muss also der erkennenden Behörde angehören.⁴⁸ Nicht ganz eindeutig ist, wann ein Sachverständiger einer Behörde zur Verfügung steht. Lehre und Judikatur sind sich einig, dass der amtliche Sachverständige bei einer anderen Behörde organisatorisch eingegliedert ist als der erkennenden Behörde. Allerdings kann auch nicht jede Behörde auf jeden Sachverständigen, der irgendeiner Behörde organisatorisch zugeordnet ist, zugreifen. Hierüber herrscht Einigkeit. Es muss jedenfalls ein organisatorischer Zusammenhang bestehen.⁴⁹ Nach Ansicht des VwGH handelt es sich bei „zur Verfügung stehenden“ Amtspersonen um Personen, die einer anderen Behörde angehören, insbesondere Oberbehörden.⁵⁰ Es ist also davon auszugehen, dass das Verhältnis der Ober- zur Unterbehörde und umgekehrt diese Voraussetzung erfüllt, nicht allerdings das

⁴⁶ Vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 52 Rz 28.

⁴⁷ Vgl Mayer, Sachverständige, in: Aicher/Funk, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 131 (134).

⁴⁸ Vgl Mayer, Sachverständige, in: Aicher/Funk, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 131 (135).

⁴⁹ Vgl Mayer, Sachverständige, in: Aicher/Funk, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 131 (135).

⁵⁰ VwGH 25.2.1964 1156/63.

Verhältnis zwischen zwei Gebietskörperschaften in deren eigenen Wirkungsbereichen⁵¹. Allerdings hat der VwGH festgestellt, dass Amtssachverständige, die der Landesregierung oder der örtlichen zuständigen Bezirkshauptmannschaft beigegeben sind, den organisatorisch getrennten Gemeindebehörden nicht nur im übertragenen, sondern auch im funktionell verschiedenen eigenen Wirkungsbereich zur Verfügung stehen.⁵²

Für die Qualifikation als Amtssachverständiger ist allerdings nicht die dienstrechtliche Stellung des Sachverständigen ausschlaggebend, vielmehr kommt es ausschließlich darauf an, ob er der Behörde beigegeben ist oder zur Verfügung steht.⁵³ Umgekehrt darf nicht aus dem Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses geschlossen werden, dass der Person zwingend die Stellung als Amtssachverständiger zukommt. Beispielsweise ist ein Arzt eines Landeskrankenhauses unbeschadet seines öffentlichen Dienstverhältnisses jedenfalls kein Amtssachverständiger, da er keiner Behörde beigegeben ist bzw einer solchen zur Verfügung steht.⁵⁴ Ebenso wenig kommt es auf die rechtliche Qualifikation der Organisation, welcher der Sachverständige angehört, an.⁵⁵ So können auch Bedienstete von ausgegliederten Unternehmen Amtssachverständige sein, vorausgesetzt die ausgegliederte juristische Person des Privatrechts – bspw eine GmbH oder ein als Verein geführter Sachverständigendienst – wird von der öffentlichen Hand mitgliedschaftlich oder organisatorisch beherrscht und aus der Satzung, Statuten und dgl ergibt sich, dass das Unternehmen Gutachten für verwaltungsbehördliche Verfahren erstatten soll (Zweckwidmung).⁵⁶ Auch *Attlmayr* betont, dass es keines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses für die Stellung als Amtssachverständiger bedarf, sehr wohl können auch in der Privatwirtschaft tätige Sachverständige Amtssachverständigenstellung erlangen. Hierzu bedarf es einer gesetzlichen Regelung. Als Beispiel können die gem § 57a KFG ermächtigten Vereine oder Gewerbetreibende genannt werden, die vom jeweiligen Landeshauptmann zur wiederkehrenden Begutachtung (sog „Pickerlüberprüfung“) ermächtigt werden.⁵⁷

Im Unterschied zum nichtamtlichen Sachverständigen bedarf es beim Amtssachverständigen keiner förmlichen Bestellung, sondern der bloßen Beziehung.⁵⁸ In der Praxis erhalten die

⁵¹ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 80.

⁵² VwSlg 9370 A/1977; VwGH 12.9.1996 95/05/0231.

⁵³ VwGH 23.1.2002 2001/07/0139.

⁵⁴ Vgl Zellenberg in *Attlmayr/Walzel* von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 3.013.

⁵⁵ Vgl VwGH 23.1.2002, 2001/07/0139 = wbl 2003, 146.

⁵⁶ Vgl *Bußjäger/Kraft*, Sachverstand, ZfV 1999,12 (14).

⁵⁷ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 81; aA *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 41. Siehe weiterführend Punkt 6.5.

⁵⁸ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 82.

Amtssachverständigen meist eine Ladung zu einer mündlichen Verhandlung oder Augenscheinverhandlung, der sie sodann Folge leisten. In komplexeren Fällen erhalten die Sachverständigen auch oft vorab den Akt, um ihn bspw auf die Vollständigkeit der erforderlichen Unterlagen zu prüfen.

Ein weiterer Unterschied zwischen amtlichen und nichtamtlichen Sachverständigen besteht darin, dass der amtliche Sachverständige keinen Anspruch auf Gebühren hat, da er ohnehin aufgrund des Dienstverhältnisses zur Behörde ein entsprechendes Gehalt bezieht.⁵⁹ Dabei darf nicht vergessen werden, dass die Amtssachverständigentätigkeit oftmals die dienstliche Tätigkeit ist, sodass ein Gebührenspruch eine Art Doppelbezahlung darstellen würde. Der nichtamtliche Sachverständige hat für seine Tätigkeit einen Gebührenanspruch gemäß § 53a AVG.

Darüber hinaus kann nur der amtliche Sachverständige gem § 55 Abs 1 AVG mit der selbstständigen Vornahme eines Augenscheins betraut werden.⁶⁰ Kritisch ist jene Rsp des VwGH anzusehen, die die Funktion eines Verhandlungsleiters und eines Amtssachverständigen als zulässig erachtet („weder inkompatibel [...] noch Befangenheit“).⁶¹ *Thienel/Schulev-Steindl* weisen auf die im Gesetz vorgesehene Trennung der Funktion des Verhandlungsleiters und des Sachverständigen hin (vgl zB § 43 AVG).⁶² Durch die Bekleidung beider Funktionen in einer Person entsteht jedenfalls der äußere Anschein mangelnder Objektivität bei der Entscheidungsfindung. Schon aus psychologischen Gründen gibt es Zweifel an einer objektiven Beweiswürdigung, wenn die Parteien Argumente gegen das Gutachten des Verfahrensleiters vorbringen.⁶³

6.3 Der nichtamtliche Sachverständige

Unter nichtamtlichen Sachverständigen versteht man all jene Sachverständigen, die nicht Amtssachverständige sind und die von der Behörde dem Verfahren beigezogen werden.⁶⁴ Die Beziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen ist nur im Rahmen des

⁵⁹ Vgl *Ennöckl*, Der Sachverständige im Verfahren vor dem UVS, *ecolex* 2004, 822 (823).

⁶⁰ Die Bestimmung des § 55 Abs 1 AVG berechtigt die verfahrensleitende Behörde, eine andere Verwaltungsbehörde oder einzelne dazu bestimmte amtliche Organe mit der Aufnahme von Beweisen zu betrauen. Nach § 55 Abs 1 letzter Satz AVG können *insbesondere* Amtssachverständige mit der selbstständigen Vornahme eines Augenscheins betraut werden, sofern dieser nicht mit einer mündlichen Verhandlung verbunden ist.

⁶¹ VwGH 18.5.1993, 92/05/0098.

⁶² Vgl *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ (2009) 201.

⁶³ Vgl *Attlmayr*, *Recht des Sachverständigen* (1997) 83; *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 43 Rz 1 mwN. Vgl auch unten Punkt 12.10.2.1.1 („Der Sachverständige im Bauverfahren – faires Bauverfahren?“).

⁶⁴ Vgl *Bußjäger/Kraft*, *Sachverständige*, *ZfV* 1999, 12 (14).

§ 52 Abs 2 und Abs 3 AVG möglich. Gem § 52 Abs 2 AVG kann die Behörde eine andere geeignete Person als Sachverständigen heranziehen, wenn ein amtlicher Sachverständiger nicht zur Verfügung steht oder es mit Rücksicht auf den Fall geboten erscheint. Der VwGH betont in seiner Rsp, dass die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen nur ausnahmsweise erfolgen darf.⁶⁵ Ein Amtssachverständiger steht aber nicht nur dann nicht zur Verfügung, wenn es keinen Experten auf einem bestimmten Gebiet gibt, sondern auch wenn der vorhandene Sachkundige nicht die Kapazitäten für die konkrete Gutachtenserstattung hat und seine Befassung dem Grundsatz der Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis (vgl § 39 Abs 2 AVG) widersprechen würde. Geboten kann es erscheinen einen nichtamtlichen Sachverständigen beizuziehen, wenn das Gutachten des Amtssachverständigen unschlüssig ist oder ein nichtamtlicher Sachverständiger aufgrund seiner besonderen Fachkenntnisse gerade dazu prädestiniert ist, dieses Gutachten zu erstellen.⁶⁶

Sofern die Voraussetzungen des § 52 Abs 2 AVG nicht vorliegen, kann die Behörde dennoch einen nichtamtlichen Sachverständigen beiziehen, wenn eine wesentliche Beschleunigung des Verfahrens zu erwarten ist und zudem die Beiziehung von demjenigen, über dessen Ansuchen das Verfahren eingeleitet wurde, die Bestellung angeregt hat und die daraus zu erwartenden Kosten einen von dieser Partei genannten Betrag voraussichtlich nicht überschreiten werden (§ 52 Abs 3 AVG). Sofern also die Kosten durch die Partei gedeckt sind und die Raschheit des Verfahrens gefördert wird, kann ein nichtamtlicher Sachverständiger bestellt werden. Die Partei hat darauf allerdings weder Rechtsanspruch noch Mitsprachrecht hinsichtlich der Auswahl des Sachverständigen.⁶⁷

Die Regelung des § 52 Abs 3 AVG soll der Partei ermöglichen abzuwägen, ob sie die Kostenbelastung durch die Bestellung eines nichtamtlichen Sachverständigen oder die Verzögerung durch die Auslastung des Amtssachverständigen in Kauf nimmt. Die Behörde hat über Anregung der Partei zu beurteilen, ob eine wesentliche Verfahrensbeschleunigung zu erwarten ist sowie wie stark die Auslastung der vorhandenen Amtssachverständigen ist, sodass deren Beiziehung zu einer Verfahrensverzögerung führen würde, die durch die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen vermieden werden könnte. Das entscheidende Kriterium ist die Wesentlichkeit der Beschleunigung, somit scheidet jedenfalls eine geringfügige Beschleunigung des Verfahrens aus. Die Beurteilung der

⁶⁵ VwGH 15.9.1987, 87/07/0012.

⁶⁶ Vgl *Ennöckl*, Der Sachverständige im Verfahren vor dem UVS, *ecolex* 2004, 822 (823).

⁶⁷ Vgl *Ennöckl*, Der Sachverständige im Verfahren vor dem UVS, *ecolex* 2004, 822 (823).

Wesentlichkeit hat die Behörde vorzunehmen; da es sich hierbei um einen unbestimmten Gesetzesbegriff handelt, unterliegt deren Vollziehung der Nachprüfung durch den VwGH. Der Behörde kommt weiters die Aufgabe zu, die vermutlichen Kosten des Sachverständigen zu schätzen und der anregenden Partei diesbezüglich Gehör zu verschaffen, da diese einen Betrag festzusetzen hat, der durch die Gebühren des Sachverständigen nicht überschritten werden soll. Die Behörde hat hier nicht einen ausschließlich auf Erfahrungen und den Umständen des Falles beruhenden Betrag anzugeben, sondern gegebenenfalls auch einen Kostenvoranschlag des Sachverständigen einzuholen. Das tatsächliche Überschreiten der Kosten für den nichtamtlichen Sachverständigen begründet keine Rechtswidrigkeit der Bestellung.⁶⁸

Es ist aber darauf hinzuweisen, dass es in Materiengesetzen auch andere Regelungen geben kann. So ist im UVP-Verfahren die Beiziehung nichtamtlicher Sachverständiger auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen nach § 52 Abs 2 und Abs 3 AVG zulässig (§ 12 Abs 2 UVP-G). Nach dieser Bestimmung können weiters auch fachlich einschlägige Anstalten, Institute oder Unternehmen als Sachverständige bestellt werden.⁶⁹

Der nichtamtliche Sachverständige wird mittels Bescheid dem Verfahren beigezogen. Die Beizeihung begründet folglich ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen der Behörde und dem Sachverständigen.⁷⁰ Als nichtamtliche Sachverständige kommen in erster Linie allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige, aber auch andere qualifizierte Personen in Betracht, ebenso wie öffentlich Bedienstete, die nicht als Amtssachverständige beigezogen werden können (zB Universitätsprofessoren).⁷¹ Durch die Bezeichnung „andere geeignete Person“ des § 52 Abs 2 AVG ist eindeutig klargestellt, dass jedermann, der Fachwissen auf dem entsprechenden Gebiet hat, als nichtamtlicher Sachverständiger bestellt werden kann. Einzig Personen, die zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt sind (gerichtliche Sachverständige) und Personen, die die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis die Voraussetzung der geforderten Begutachtung ist, öffentlich als Erwerb ausüben oder zu deren Ausübung öffentlich angestellt oder ermächt sind, haben der Bestellung zum nichtamtlichen Sachverständigen gem § 52 Abs 4 AVG Folge zu leisten. Zusätzlich zum förmlichen

⁶⁸ Zu den formellen und materiellen Voraussetzungen für die Bestellung eines nichtamtlichen Sachverständigen nach § 52 Abs 3 AVG siehe *Thienel*, Neuerungen zum nichtamtlichen Sachverständigen im AVG, RdU 1996, 55 (59 ff).

⁶⁹ Vgl *Oberleitner*, Aufgaben, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 1 (6).

⁷⁰ Vgl *Bußjäger/Kraft*, Sachverständigen, ZfV 1999, 12 (14).

⁷¹ Vgl *Atlmayr*, Funktion und Aufgaben, WBFÖ 2001 H1, 15 (15 f).

Bestellungsakt ist der nichtamtliche Sachverständige zu beedien, wenn er nicht schon für die Erstattung von Gutachten der erfordernten Art im Allgemeinen beediet ist (vgl § 52 Abs 4 AVG).

6.4 Der Privatsachverständige

Im Gegensatz zum amtlichen und nichtamtlichen Sachverständigen wird der Privatsachverständige nicht als Sachverständiger im prozessualen Sinn verstanden.⁷² Das ergibt sich schon daraus, dass er in § 52 AVG nicht genannt ist. Die Rolle des Privatsachverständigen darf dennoch nicht unterschätzt werden. Obwohl das Gutachten des Privatsachverständigen nicht als Sachverständigengutachten im Sinne des Verfahrensrechts angesehen wird, kann es durch Vorlage als Urkunde Verfahrensinhalt werden.⁷³ Das Privatgutachten dient der Wahrung des Parteienghörs und somit dem substanziierten Parteienvorbringen. Jedenfalls kommt dem Beweiswert eines solchen Gutachtens aufgrund des Grundsatzes der Unbeschränktheit und Gleichwertigkeit der Beweismittel kein geringerer Stellenwert als dem Gutachten des Amtssachverständigen zu.⁷⁴ Der Beweiswert des Gutachtens des Privatsachverständigen richtet sich ebenso nach seinem „inneren Wahrheitswert“.⁷⁵

Die Hauptaufgabe des Privatsachverständigen im verwaltungsbehördlichen Verfahren besteht darin, dem Gutachten eines Amtssachverständigen entgegenzutreten.⁷⁶ Der Privatsachverständige wird von der Partei zu Entkräftung und Widerlegung des Gutachtens des Amtssachverständigen beauftragt. Der Privatsachverständige unterscheidet sich vom nichtamtlichen Sachverständigen dadurch, dass er nicht von der Behörde, sondern von der Partei herangezogen wird.⁷⁷ Somit besteht ein erheblicher Unterschied im Hinblick auf die Rechtsgrundlage der Sachverständigentätigkeit. Die Tätigkeit des Privatsachverständigen beruht rein auf privatrechtlichen Regelungen.⁷⁸ Im Sinne der Privatautonomie steht es den Vertragsparteien frei, den Gutachtensauftrag frei zu gestalten. Der Sachverständige kann auch nicht zum Abschluss eines Vertrages gezwungen werden, da für den Bereich der

⁷² Vgl *Bußjäger/Kraft*, Sachverstand, ZfV 1999,12 (14)v

⁷³ Vgl *Schmidt*, Privatgutachten, Sachverständige 2010, 1 (9 f).

⁷⁴ Vgl *Attlmayr* in *Attlmayr/Walzel* von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 4.013, 4.014, 4.015.

⁷⁵ Vgl *Bußjäger/Kraft*, Sachverstand, ZfV 1999,12 (14).

⁷⁶ Vgl *Bußjäger/Kraft*, Sachverstand, ZfV 1999,12 (14).

⁷⁷ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 28.

⁷⁸ Vgl *Attlmayr* in *Attlmayr/Walzel* von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 4.005.

Gutachtenstätigkeit kein Kontrahierungszwang besteht.⁷⁹ Bei dem abgeschlossenen Vertrag handelt es sich in aller Regel um einen Werkvertrag (§§ 1151 f, 1165 ff ABGB) oder aber auch um einen Dienstvertrag (§§ 1151 f, 1153 ff ABGB), je nachdem, ob ein Erfolg oder lediglich ein fachgerechtes Bemühen geschuldet ist. Dieses Vertragsverhältnis kann auch Elemente eines Auftragsvertrages (§§ 1002 ff ABGB) enthalten.⁸⁰ Zur Behörde steht der Sachverständige in überhaupt keinem Rechtsverhältnis.⁸¹

6.5 Der „beliehene“ und der „in Pflicht genommene“ Sachverständige

Die Erfüllung von hoheitlichen Verwaltungsaufgaben kann kraft staatlicher Übertragung auch durch physische oder juristische Personen des Privatrechts erfolgen. Dabei wird zwischen „Beleihung“ und „Inpflichtnahme“ unterschieden. Unter „Beleihung“ wird die Ermächtigung einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts zur Setzung bestimmter Akte der Hoheitsverwaltung im eigenen Namen verstanden. Solche Hoheitsakte können Verordnungen, Bescheide, Akte der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt, aber auch Beurkundungen und Leistungsbeurteilungen sein.⁸² Nach der Rsp des OGH spricht man von Beleihung sowohl bei der „Wahrnehmung einzelner Hoheitsaufgaben“ als auch bei der „unterstützenden Mitwirkung bei der Besorgung solche Aufgaben“.⁸³ Beleihung erfolgt durch Gesetz oder sonstigen Hoheitsakt (zB Bescheid). Mit dieser Ermächtigung ist aber auch die Verpflichtung, die übertragenen Hoheitsrechte wahrzunehmen, verbunden. Die beliehene natürliche oder juristische Person gleicht funktionell einer Behörde, ohne aber selbst in den Behördenapparat eingegliedert zu sein.⁸⁴ *Kremser* hält daher fest, dass Beliehene ex definitione Organe iSd § 1 Abs 2 AHG sind.⁸⁵ Im Gegensatz zur Beleihung ist die „Inpflichtnahme“ nicht mit der Ermächtigung zur Setzung von Hoheitsakten verbunden. Vielmehr verrichten „Inpflichtgenommene“ Verwaltungsaufgaben, welche als

⁷⁹ Vgl *Attlmayr* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 4.006.

⁸⁰ Vgl *Schmidt*, Privatgutachten, Sachverständige 2010, 1 (1).

⁸¹ Vgl *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 2.007.

⁸² Vgl *Kremser* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 7.069.

⁸³ RIS-Justiz RS0049972.

⁸⁴ Vgl *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht³ (1996) 404 f; zur Beleihung vgl auch *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 115: „Organe der öffentlichen Aufsicht“: bspw Fischereiaufsichtsorgane nach dem FischereiG der Länder, Jagdaufseher nach den JagdG der Länder; „beliehene Unternehmen“: bspw Österreichische Nationalbank (errichtet auf Grund des NBG, Bescheid- und Verordnungsermächtigung auf Grund des DeviG), Versicherungsunternehmen im Rahmen der Kfz-Zulassung (§ 40a KFG). Zu Beispielen für „Beleihungen“ vgl auch *Krajcsir*, Staatliche Hoheitsverwaltung durch Private (1999) 189 ff.

⁸⁵ Vgl *Kremser* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 7.069.

unselbstständige Teilakte im Bereich der Hoheitsverwaltung anzusehen sind.⁸⁶ Zweck von Beleihung bzw Inpflichtnahme sind die Entlastung des Staates und Kostenersparnis. Der Staat macht sich einerseits die Privatinitiative und Eigeninteressen der Betroffenen zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben zunutze und profitiert andererseits vom Sachverstand und der oftmals geeigneteren Organisation der Privaten.⁸⁷

Im Sinn der Entlastung des Staates ist die Erfüllung von Aufgaben der Verwaltung inhaltlich häufig eine sachverständige Ausübung von Kontroll- oder Aufsichtsrechten sowie die Erstattung von Gutachten, sodass hier von „beliehenen“ und „in Pflicht genommenen“ Sachverständigen gesprochen werden kann. Für die Frage der Amtshaftung ist daher die Frage der Organstellung, welche im Einzelfall durchaus problematisch sein kann, von wesentlicher Bedeutung.⁸⁸ Als *Amtssachverständiger durch Beleihung* werden bspw Sachverständige im Rahmen der Überprüfung von Kraftfahrzeugen (vgl § 124 KFG „Sachverständige für die Typenprüfung“) angesehen.⁸⁹ Anderer Ansicht ist *Schragel*, der hinsichtlich der wiederkehrenden Begutachtung von Fahrzeugen durch Vereine und Gewerbetreibende nach § 57a KFG festhält, dass „diese Sachverständigen, auch wenn sie nicht Amtssachverständige sind, Organe iSd § 1 Abs 2 AHG“ sind.⁹⁰ Da für die Stellung als Amtssachverständiger gerade die Eingliederung in den Verwaltungsapparat maßgeblich ist, muss *Schragels* Ansicht der Vorzug gegeben werden. Zur Organstellung von „beliehenen“ und „in Pflicht genommenen „Sachverständigen“ siehe unten Punkt 12.10.2.3.

7 Befangenheit und Ausschlossenheit von Sachverständigen

Als Ausdruck des Parteiengehörs haben die Parteien auch das Recht Namen und Fachgebiet des Sachverständigen zu erfahren, den die Behörde beizuziehen beabsichtigt. Hätte die Partei dieses Recht nicht, hätte sie nicht die Möglichkeit, Einwendungen gegen die Person oder die Eignung des Sachverständigen zu erheben.⁹¹ Nach § 53 Abs 1 AVG sind auf Amtssachverständige die Befangenheitsgründe des § 7 AVG anwendbar, nichtamtliche Sachverständige sind vom Verfahren ausgeschlossen, wenn einer der Gründe des

⁸⁶ Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 119: Als Beispiel für Verwaltungshelfer (Inpflichtgenommene) nennt *Raschauer* Bauunternehmen, welche Straßenverkehrszeichen aufstellen; diese Maßnahme ist Teil der durch eine Verwaltungsbehörde vorzunehmenden Kundmachung einer Verordnung.

⁸⁷ Vgl *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht³ (1996) 406; RIS-Justiz RS0049972 („verwaltungsentlastende Funktion“).

⁸⁸ Vgl *Kremser* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 7.069.

⁸⁹ Vgl *Happacher Brezinka* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 1.087.

⁹⁰ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 41.

⁹¹ VwGH 28.5.1997, 95/12/0050; 23.11.1982, 82/07/0162.

§ 7 Abs 1 Z 1, 2 und 4 AVG zutrifft. Darüberhinaus haben die Parteien gegenüber nichtamtlichen Sachverständigen ein Ablehnungsrecht, wenn sie Umstände glaubhaft machen, die die Unbefangenheit oder Fachkunde des Sachverständigen in Zweifel stellen. Die Behörde entscheidet über diesen Antrag endgültig (§ 7 Abs 2 AVG).

Nach der Bestimmung des § 7 Abs 1 AVG haben sich Verwaltungsorgane der Ausübung ihres Amtes zu enthalten und ihre Vertretung zu veranlassen, wenn sie selbst oder einer ihrer Angehörigen beteiligt sind (Z 1), wenn sie Bevollmächtigter einer Partei sind (Z 2), wenn sonst wichtige Gründe gegeben sind, die geeignet sind, die Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen (Z 3) oder im Berufungsverfahren, wenn sie an der Erlassung des angefochtenen Bescheides oder der Berufungsvorentscheidung mitgewirkt haben (Z 4).

Die Mitwirkung an der Erlassung des angefochtenen Bescheides bezieht sich nach der Rsp des VwGH auf die unmittelbare Teilnahme an der Erstellung des Spruches. Da das Gutachten nicht Bestandteil des Spruches ist, bewirkt die neuerliche Bestellung desselben Amtssachverständigen in einem fortgesetzten Verfahren oder in einem Berufungsverfahren keine Mangelhaftigkeit des Verfahrens.⁹² Wenn ein Amtssachverständiger, dessen bautechnisches Gutachten als Entscheidungsgrundlage für den Bescheid der Behörde dient, hingegen diesen Bescheid approbiert, hat er an der Bescheiderlassung mitgewirkt und hätte sich gem § 7 Abs 1 Z 4 AVG im Berufungsverfahren der Amtsausübung zu enthalten gehabt.⁹³

Die Befangenheitsgründe des § 7 Abs 1 Z 1, 2 und 4 AVG bewirken eine absolute Befangenheit des Sachverständigen. § 7 Abs 1 Z 3 AVG stellt einen Auffangtatbestand dar und ist immer dann als gegeben anzunehmen, wenn bei vernünftiger Würdigung aller Umstände an der Unparteilichkeit aufgrund Unvoreingenommenheit aller Wahrscheinlichkeit nach gezweifelt werden kann.⁹⁴ Der Befangenheitsgrund des § 7 Abs 1 Z 3 AVG ist aber nicht schon deshalb zu bejahen, weil der Amtssachverständige gleichzeitig die Funktion des Verhandlungsleiters ausübt – was in der Praxis immer wieder vorkommt (zB im Bauverfahren) – oder weil aufgrund der Einbindung des Amtssachverständigen in die Amtshierarchie ein Weisungszusammenhang gegeben ist.⁹⁵ Nach der Rsp des VwGH liegt Befangenheit nicht aufgrund der bloßen Tatsache vor, dass der Sachverständige jenem

⁹² VwGH 20.5.2010, 2009/07/0052; 14.2.1985, 85/02/0114.

⁹³ VwGH 28.9.2010, 2009/05/0218.

⁹⁴ Vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 7 Rz 14.

⁹⁵ Vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 53 Rz 6.

Rechtsträger angehört, und damit zu diesem in einem Naheverhältnis steht, der vom Ausgang des Verfahrens betroffen ist.⁹⁶ Ebenso wenig liegt Befangenheit des Amtssachverständigen aufgrund der bloßen Tatsache vor, dass dieser Kritik am vorgelegten Privatgutachten übt, ist es doch seine Aufgabe, sich mit dem inneren Gehalt der vorgelegten Beweismittel auseinander zu setzen.⁹⁷ Der Befangenheitsgrund des § 7 Abs 1 Z 3 AVG kann beispielsweise bei unsachlichen Äußerungen⁹⁸ des Sachverständigen über die Partei oder bei der Verfolgung von Privatinteressen⁹⁹ des Amtssachverständigen vorliegen.

Bei Vorliegen eines Befangenheitsgrundes hat sich der Amtssachverständige selbst für befangen zu erklären und sich der Amtsausübung zu enthalten. Lediglich bei Gefahr in Verzug, wenn seine Vertretung nicht sofort bewirkt werden kann, darf das befangene Organ die unaufschiebbare Handlung selbst vornehmen. Gefahr in Verzug kann gegeben sein, wenn durch die Nichterstellung bzw Nichtfertigstellung des Gutachtens der Partei ein Schaden droht. Wenn kein Amtssachverständiger die Gutachtenserstattung übernehmen kann, ist ein nichtamtlicher Sachverständiger zu bestellen, sodass Gefahr in Verzug dann nicht gegeben ist, wenn der Amtssachverständige befangen ist und kein anderer amtlicher Sachverständiger, dafür aber ein nichtamtlicher Sachverständiger zur Verfügung steht. In diesem Fall ist der nichtamtliche Sachverständige zu bestellen und mit der Gutachtenserstattung zu beauftragen. Es ist davon auszugehen, dass bei der Verfügbarkeit von einem amtlichen und einem nichtamtlichen Sachverständigen nur Letzterer „zur Verfügung steht“, wenn nur dieser das Gutachten rechtzeitig erstatten kann.¹⁰⁰

Bei Vorliegen eines der Gründe des § 7 Abs 1 Z 1, 2 und 4 AVG sind nichtamtliche Sachverständige vom Verfahren *ausgeschlossen*. Im Gegensatz zu Amtssachverständigen können nichtamtliche Sachverständige von den Parteien wegen Befangenheit oder mangelnder Sachkunde abgelehnt werden.¹⁰¹ Die Befangenheit von Amtssachverständigen ist vielmehr von Amts wegen wahrzunehmen, es gibt kein subjektives Recht der Beteiligten und der Parteien, Verwaltungsorgane wegen Befangenheit abzulehnen.¹⁰²

⁹⁶ VwGH 22.11.2000, Zl. 98/12/0036.

⁹⁷ VwGH 22.4.2010, 2008/09/0316.

⁹⁸ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 53 Rz 8.

⁹⁹ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 7 Rz 15.

¹⁰⁰ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 53 Rz 10, 11.

¹⁰¹ Vgl *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht³ (1987) 400.

¹⁰² Vgl *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahren⁸ (2003) Rz 112, 113.

Die Mitwirkung eines befangenen amtlichen oder nichtamtlichen Sachverständigen bewirkt einen Verfahrensfehler, jedoch keinesfalls die Rechtsunwirksamkeit des in der Sache ergangenen Bescheides.¹⁰³ Zu bedenken bleibt, dass bei mangelnder Mitwirkung der Partei am Verfahren (Unterbleiben der Stellung eines Ablehnungsantrages gegen den nichtamtlichen Sachverständigen) der diesbezügliche Verfahrensmangel heilen kann.¹⁰⁴ Auch in Hinblick auf einen befangenen Amtssachverständigen trifft die Partei eine Rügepflicht, wenn ihr die Umstände, die eine Befangenheit begründen, bekannt sind. Die Partei kann die Befangenheit des Amtssachverständigen nur in einem Rechtsmittel gegen den in der Sache ergangenen Bescheid geltend machen. Die Rechtsmittelbehörde hat sodann zu prüfen, ob die Befangenheit einen tatsächlichen Einfluss auf die Entscheidung hatte. Dazu reicht das Vorliegen von „sachlichen Bedenken“ gegen den Bescheid aus.¹⁰⁵

Die Mitwirkung eines befangenen Sachverständigen an einem Verwaltungsverfahren, dessen Gutachten Einfluss auf den Bescheid hat und aufgrund dessen von der Rechtsmittelbehörde begründete Bedenken gegen den angefochtenen Bescheid geäußert werden, kann zur Aufhebung des Bescheides führen. Es ist auch denkbar, dass einer Partei durch den rechtswidrigen Bescheid, der auf der Gutachtenserstattung eines befangenen Sachverständigen beruht, ein Schaden entstanden ist, der mittels Amtshaftungsklage gegenüber dem Rechtsträger geltend gemacht werden kann.

8 Tätigkeit des Sachverständigen im Verwaltungsverfahren

8.1 Beweisthema

Die Behörde ist Auftraggeber des Gutachtens eines amtlichen oder nichtamtlichen Sachverständigen, da sie es ist, die den entscheidungsrelevanten Sachverhalt festzustellen hat. Daher kommt es allein der Behörde zu, das Beweisthema, also die zu beweisenden Tatsachen, festzulegen. Der Sachverständige nimmt lediglich die Rolle eines Hilfsorgans der Behörde ein.¹⁰⁶

Der VwGH hat in einer Entscheidung festgehalten, dass es nicht Aufgabe des Amtssachverständigen ist, den Gegenstand eines Verfahrens zu "konkretisieren".¹⁰⁷ Es ist

¹⁰³ VwGH 17.9.2009, 2007/07/0164.

¹⁰⁴ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 53 Rz 20.

¹⁰⁵ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 163, 164.

¹⁰⁶ VfSlg 2847/1955.

¹⁰⁷ VwGH 26.2.1996, 94/10/0147.

allein der Behörde vorbehalten aufgrund des Beweisthemas festzulegen, was Gegenstand des Sachverständigengutachtens sein soll.¹⁰⁸ Folglich ist auch der Behörde die Würdigung der vorliegenden Beweise vorbehalten.¹⁰⁹

Die Pflicht der Behörde, das Beweisthema zu formulieren, ergibt sich auch aus dem Grundsatz der *Offizialmaxime*. Die Behörde hat einerseits den Sachverständigen zu bestellen und andererseits diesem das konkrete Beweisthema vorzugeben, um Unklarheiten zu vermeiden sowie dem Rechtsschutz gehörig Rechnung zu tragen. In der Praxis unterbleibt oftmals die nähere Konkretisierung des Gutachtensauftrages. Dies ergibt sich aus vielen Routinefällen sowie der Gleichartigkeit von vielen Verfahren der jeweiligen Behörde und somit der ständigen Zusammenarbeit von Behörde und Sachverständigen. Ausgehend vom Grundsatz der *Offizialmaxime* muss die Behörde dem Sachverständigen das Beweisthema anhand von Fragestellungen konkret vorgeben, um die eigentliche und gleichzeitig auch einzige Aufgabe des Sachverständigen – Erstattung von Befund und Gutachten – nicht zu unterlaufen.¹¹⁰

Die Fragen an den Sachverständigen sind von großer Bedeutung im Hinblick auf die Verwertbarkeit des Gutachtens. Häufig sind die Fragen allerdings sehr allgemein formuliert, um dem Gutachter genügend Spielraum zu geben, die beweisbedürftigen Themen selbst zu erkennen, zumal es der Behörde oftmals mangels Fachwissens nicht möglich ist, das Beweisthema detailliert zu beschreiben. Jedenfalls besteht eine Bindung des Sachverständigen an die Fragestellungen der Behörde.¹¹¹ Ein mangelhafter Gutachtensauftrag stellt demnach ein großes Rechtsschutzproblem im Hinblick auf die Überprüfbarkeit des Sachverständigengutachtens dar, da die Parteien in ihrem Recht auf Geltendmachung von Verfahrensmängeln beschnitten werden, da nicht festgestellt werden kann, was die genauen Fragestellungen an den Sachverständigen waren. Für die Praxis muss daher gefordert werden, dass die Behörden den Gutachtensauftrag klar und deutlich in Form von genauen Fragestellungen formulieren und somit das Beweisthema konkret vorgeben.

¹⁰⁸ Vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 5.

¹⁰⁹ VwGH 17.12.1993, 93/15/0094.

¹¹⁰ Vgl. *Attlmayr* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 1.043.

¹¹¹ Vgl. *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 188, 189.

8.2 Gutachten

Aufgabe des Sachverständigen im Verwaltungsverfahren ist in der Regel, Tatsachen zu erheben und aus diesen Tatsachen Schlüsse zu ziehen. Ein Gutachten besteht somit aus zwei Teilen: dem Befund und dem Gutachten.¹¹² Dabei versteht man unter dem Gutachten im weiteren Sinn das Mittel dessen sich der Sachverständige bedient, um die an ihn gerichteten Fragen zu beantworten.¹¹³ Das Gutachten hat auf hohem fachlichem Niveau zu sein und soll als wissenschaftliche Arbeit nach den Regeln der betreffenden Wissenschaft erstattet werden.¹¹⁴ Befund und Gutachten müssen jedoch dann nicht das Niveau einer wissenschaftlichen Arbeit aufweisen, wenn die Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes nicht Fachwissen auf einem wissenschaftlichen Gebiet, sondern etwa im Bereich eines Handwerkes oder einer geschäftlichen Tätigkeit erfordert.¹¹⁵ Nach der Ansicht des VwGH normiert § 52 AVG keine besonderen Formvorschriften für die Gutachtenserstattung.¹¹⁶ In der Regel werden Gutachten allerdings schriftlich erstattet.

Der Sachverständige kann auch mit der bloßen Erhebung von Tatsachen beauftragt werden, wenn für die Feststellung besondere Fachkenntnis erforderlich ist. Die Tatsachenerhebung darf nicht bloß auf Annahmen und Erfahrungswerten basieren, sondern muss, soweit es möglich ist, auf exakte Messungen und dergleichen zurückzuführen sein. Dazu hat sich der Sachverständige der von seiner Wissenschaft anerkannten Hilfsmittel zu bedienen.¹¹⁷ Dabei hängt die vom Sachverständigen anzuwendende Methode ausschließlich von objektiven fachlichen Gesichtspunkten und nicht von der Disposition der Parteien des Verfahrens ab.¹¹⁸

Vielfach ist aber mit der Erhebung von Tatsachen auch das Ziehen von Schlussfolgerungen über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von entscheidungsrelevanten Umständen verbunden (Gutachten im eigentlichen Sinn).¹¹⁹ Dem Sachverständigen kommt somit eine „tatsachenerhebende und beurteilende, nicht aber eine rechtsurteilende Funktion“ zu. Jedenfalls ist es dem Sachverständigen verwehrt, Rechtsfragen zu beantworten, dies ist die

¹¹² Vgl. *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ (2009) 199.

¹¹³ Vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 56.

¹¹⁴ Vgl. *Attlmayr*, *Recht des Sachverständigen* (1997) 173.

¹¹⁵ VwSlg 10.811 A/1982.

¹¹⁶ VwGH 22.9.1989, 87/17/0164.

¹¹⁷ Vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 57.

¹¹⁸ VwGH 20.3.1996, 95/03/0235.

¹¹⁹ Vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 58.

alleinige Aufgabe der Behörde.¹²⁰ *Muzak* konkretisiert, dass Gegenstand des Sachverständigenbeweises häufig „wissenschaftliche, aber nicht rechtswissenschaftliche Schlussfolgerungen“ sind, welche aber nicht zu dem Fehlschluss führen dürfen, dass der Sachverständige selbst die juristische Subsumtion durchführt. Problematisch sind jene Fälle anzusehen, in denen die Ermittlung der Tatsachen bereits die Beantwortung einer Rechtsfrage beinhaltet.¹²¹ Es stellt sich daher die Frage, worin in so einem Fall noch der Unterschied „zwischen der Tätigkeit des (...) Sachverständigen und des zur Entscheidung befugten Organwalters“ zu sehen ist.¹²² *Muzak* betont, dass es letztlich eine Frage der Kompetenz (der Behörde) ist, die Rechtsfrage „verbindlich durch Setzung eines Willensaktes zu entscheiden“.¹²³

Nicht verwehrt ist es dem Sachverständigen hingegen, sich zusätzlich zu seinem Befund für die Gutachtenserstattung auch auf die Aktenlage oder auf den Befund eines anderen Sachverständigen zu stützen. Die Grundlagen für das Gutachten im eigentlichen Sinn sind im Gutachten im weiteren Sinn anzuführen.¹²⁴

Jedenfalls hat sich das Urteil des Sachverständigen nach der ständigen Rsp des VwGH stets auf einen Befund zu stützen.¹²⁵ Der Befund ist die Grundlage für die Schlussfolgerungen des Sachverständigen, sodass ohne Befund keine Möglichkeit der Überprüfbarkeit auf die Schlüssigkeit des Gutachtens gegeben ist. Ein Gutachten, das nicht schlüssig ist, darf nicht als Beweismittel verwendet werden, anderenfalls liegt ein Verfahrensmangel vor.¹²⁶ Das Fehlen einer förmlichen Gliederung in einen Befund- und in einen Gutachtensteil darf jedenfalls nicht dazu führen, dass das Gutachten nicht als taugliches Beweismittel anerkannt wird.¹²⁷

Neben der förmlichen Gutachtenserstattung gibt es auch die Möglichkeit einer bloßen gutachterlichen Stellungnahme. Dabei handelt es sich um ein echtes Kurzgutachten,

¹²⁰ Vgl. *Attlmayr* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 5.084. Mangelhaftigkeit des Gutachtens ist aber nicht deshalb zu bejahen, weil es auch Rechtsfragen umfasst. Vielmehr sind jene Teile der Ausführungen unbeachtlich und beeinträchtigen die Aussagekraft des Gutachtens nicht (vgl. *Aigner*, Der (Amts)sachverständige, JBl 1983, 352 (360)). Wie *Aigner* weiters aufzeigt, ist nach der Rsp des VwGH ferner die Bezeichnung des Gutachtens sowie eine förmliche Einteilung in Befund und Gutachten unbeachtlich. Vgl. weiters *Muzak*, Binnenschiffahrtsrecht (2004) 481 mwN.

¹²¹ Bspw. eine Rechtsvorschrift, die einen konkreten Dezibelpegel festlegt: vgl. *Muzak*, Binnenschiffahrtsrecht (2004) 483.

¹²² Vgl. *Muzak*, Binnenschiffahrtsrecht (2004) 483.

¹²³ Vgl. *Muzak*, Binnenschiffahrtsrecht (2004) 483.

¹²⁴ Vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 58.

¹²⁵ VwSlg 7714 A/1970.

¹²⁶ Vgl. *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 176.

¹²⁷ VwGH 18.9.1990, 90/05/0086.

bestehend aus Befund und Gutachten, welches sich inhaltlich nicht wesentlich von formellen Gutachten unterscheidet. Eine gutachterliche Stellungnahme ist somit ein kurzes Gutachten, das über Gutachtensqualität verfügen muss, anderenfalls ist ein sich darauf berufender Bescheid rechtswidrig. Nicht zu verwechseln mit einer gutachterlichen Stellungnahme als Kurzgutachten sind andere Stellungnahmen des Sachverständigen, die keine Gutachtensqualität aufweisen. Darunter fallen bloße Äußerungen oder Stellungnahmen auf Parteieneinwendungen, die den Mindeststandard von Befund und Gutachten jedenfalls unterschreiten und somit als Nichtgutachten zu betrachten sind.¹²⁸

Zur Vereinfachung der täglichen Praxis wurden auch schematische Stellungnahmen und Formulargutachten entwickelt. Dabei werden Stellungnahmen und Begutachtungen nach standardisierten Vorgaben erstellt, bspw bei amtsärztlichen Gutachten oder im Rahmen verkehrspsychologischer Stellungnahmen bei Vollziehung des FSG. Weiters werden Formulargutachten aufgrund der großen Zahl von Gutachten bei der wiederkehrenden Begutachtung von Kraftfahrzeugen nach § 57a KFG verwendet.¹²⁹

Da es für die Abgabe eines Gutachtens im Verwaltungsverfahren keine Formvorschriften gibt, besteht auch die Möglichkeit einer mündlichen Gutachtenserstattung. Beispielsweise kann ein mündliches Gutachten im Rahmen einer Augenscheinverhandlung oder in einer mündlichen Verhandlung vor den UVS erstattet werden. Denkbar sind daher rein mündlich erstattete Gutachten oder aber auch mündliche Ergänzungsgutachten zu einem bereits schriftlich erstatteten Gutachten. Dabei dürfen auch bei einem mündlichen Gutachten die Inhaltserfordernisse (Befund und Schlussfolgerungen) nicht außer Acht gelassen werden.¹³⁰

8.3 Beweiswert des Gutachtens

8.3.1 Würdigung durch die Behörde

Im Verwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Gemäß § 45 Abs 2 AVG hat die Behörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, welche Tatsachen sie als gegeben erachtet und welche nicht. Die Behörde hat nach freiem Ermessen die aufgenommenen Beweise ohne Bindung an Regeln zu bewerten. Beweisregeln, welche

¹²⁸ Vgl. *Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 6.055, 6.056, 6.058, 6.059.

¹²⁹ Vgl. *Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 6.051.

¹³⁰ Vgl. *Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 6.060, 6.062.

vorschreiben, wie Beweise zu bewerten sind, sind demnach ausgeschlossen.¹³¹ Die Behörde hat zudem den Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Beweismittel zu beachten. Die Beweiskraft der einzelnen Beweismittel richtet sich nach ihrem inneren Wahrheitsgehalt, sodass dem Gutachten eines Amtssachverständigen nicht von vornherein ein höherer Beweiswert beigemessen werden kann als dem Gutachten eines Privatsachverständigen.¹³² Der Beweiswert eines Sachverständigengutachtens hängt zudem davon ab, ob das Gutachten dem aktuellen Stand der Technik entspricht, anderenfalls wäre das Gutachten unbrauchbar.¹³³

Das Sachverständigengutachten hat die Behörde auf dessen Vollständigkeit, auf die Freiheit von Widersprüchen und auf dessen Schlüssigkeit zu prüfen. Bei der Schlüssigkeitsprüfung hat die Behörde darauf zu achten, ob das Gutachten den Denkgesetzen und den Erfahrungen des täglichen Lebens entspricht.¹³⁴ Darüberhinaus hat der Sachverständige nach der Rsp des VwGH – damit das Gutachten einer Schlüssigkeitsprüfung zugänglich ist – auch darzulegen, auf welchem Weg er zu seinen Schlussfolgerungen gekommen ist.¹³⁵ Auch in sprachlicher Hinsicht stellt die Rsp des VwGH Anforderungen an das Sachverständigengutachten. Damit ein Gutachten insbesondere auch für die Parteien nachvollziehbar ist, muss der Inhalt auch für Laien verständlich aufbereitet sein.¹³⁶

Die Überprüfung des Gutachtens auf seine inhaltliche Richtigkeit stellt in der Praxis mit Sicherheit eine große Herausforderung für die Behörde dar, da sie zumeist nicht über das Fachwissen verfügt, das Gutachten auf seine Schlüssigkeit zu prüfen. Die Behörde hat ja gerade deshalb einen Sachverständigen bestellt, da sie selbst über das nötige Fachwissen nicht verfügt. Bei Fehlen von eigenem Fachwissen gibt es noch die Möglichkeit, die Einholung eines weiteren Gutachtens in Auftrag zu geben sowie durch die Einwendungen von Parteien, insb durch Vorlage eines privaten Gegengutachtens, eine inhaltliche Kontrolle zu gewähren.¹³⁷ Wenn die Behörde nach Überprüfung des Gutachtens Zweifel an dessen Inhalt hat, ist die Einholung einer ergänzenden Stellungnahme des jeweiligen Sachverständigen üblich. Sofern die Behörde immer noch nicht frei von Zweifeln hinsichtlich des maßgeblichen

¹³¹ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 196.

¹³² Vgl *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ (2009) 186 f; *Aigner*, Der (Amts)sachverständige, JBl 1983, 352 (353).

¹³³ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 174.

¹³⁴ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 62.

¹³⁵ VwGH 25.1.1979, 1647/77 mwN.

¹³⁶ VwSlg 10225 A/1980.

¹³⁷ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 190.

Sachverhaltes ist, kann sie auch einen weiteren Sachverständigen dem Verfahren beiziehen und diesen mit der Erstattung eines weiteren Gutachtens beauftragen.¹³⁸

Bei Vorliegen von einander widersprechenden Gutachten ist die Behörde aufgrund des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung berechtigt, sich für eines der Gutachten zu entscheiden, vorausgesetzt die Behörde begründet nachvollziehbar die Erwägungen, von denen sie sich bei der Würdigung leiten hat lassen.¹³⁹ Nach der Rsp des VwGH ergibt sich der unterschiedliche Wert eines aufgenommenen Beweises aus dem „größeren oder geringeren Anteil zur Klarstellung des aufgegebenen Beweisthemas“, der „vorhandenen oder mangelnden Schlüssigkeit dieser oder jener Aussage“, der „größeren oder minderen Glaubwürdigkeit der einen oder der anderen Angabe“, folglich „dem Grad des erkennbaren inneren Wahrheitswertes“ und der tatsächlichen freien Beweiswürdigung durch die Behörde.¹⁴⁰ In der Begründung des Bescheides hat die Behörde gem § 60 AVG die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Der bloße Hinweis auf die „Verfahrensergebnisse“ reicht nach der Rsp des VwGH nicht aus.¹⁴¹

8.3.2 Einwendungen der Parteien

Nicht nur die Behörde, sondern auch die Parteien prüfen das Gutachten auf dessen Schlüssigkeit und dessen Einklang mit den Denkgesetzen. Das Recht auf Parteiengehör umfasst das Recht, Unvollständigkeiten und Unrichtigkeiten eines Gutachtens aufzuzeigen und dagegen Einwendungen zu erheben.¹⁴² Da Parteien an der Ermittlung der materiellen Wahrheit mitwirken müssen, trifft sie sogar eine Obliegenheit, Unrichtigkeiten aufzuzeigen.¹⁴³ Nach der Rsp des VwGH kann jedermann den Widerspruch des Gutachtens mit den Denkgesetzen und den Erfahrungen des Lebens erbringen, dazu bedarf es keines Fachwissens.¹⁴⁴ Anders hingegen verhält es sich, wenn eine Partei die Richtigkeit eines Gutachtens bekämpft und behauptet, das Gutachten stehe im Widerspruch zur jeweiligen

¹³⁸ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 192.

¹³⁹ Vgl *Aigner*, Der (Amts)sachverständige, JBl 1983, 352 (355) unter Hinweis auf VwGH 17.5.1950, SlgNF 1450 A und VwGH 12.10.1972, 2396/71.

¹⁴⁰ VwGH 12.10.1972, 2396/71.

¹⁴¹ VwGH 29.1.1996, 96/16/0014.

¹⁴² Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 64.

¹⁴³ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 66; siehe auch *Kletatsky*, Der Sachverständigenbeweis im Verwaltungsverfahren, ÖJZ 1961, 309 (313).

¹⁴⁴ VwSlg 9025 A/1976; 7615 A/1969; 4896 A/1959.

Wissenschaft. In diesem Fall bedarf es zur Widerlegung des vorliegenden Gutachtens durch einen (anderen) Sachverständigen.¹⁴⁵

Nach der Judikatur des VwGH müssen die erhobenen Einwendungen auf der gleichen fachlichen Ebene angesiedelte Argumente aufweisen wie das beanstandete Sachverständigengutachten selbst. Bloße gegenteilige Behauptungen, die den Inhalt des Gutachtens als unrichtig bezeichnen, reichen nicht aus, um das Gutachten zu entkräften. Die Partei muss also in aller Regel, sofern sie selbst nicht über die nötigen Fachkenntnisse verfügt, aufgrund des geforderten Niveaus der Einwendungen einen privaten Sachverständigen mit der Erstattung eines Gegengutachtens beauftragen, an dessen Objektivität naturgemäß gezweifelt werden darf.¹⁴⁶ Einwendungen müssen dem Gutachten aber dann nicht auf gleicher fachlicher Ebene begegnen, wenn das Gutachten selbst mangelhaft ist.¹⁴⁷

8.3.3 Nachprüfung durch den VwGH

Wenn eine Partei behauptet, durch den Bescheid einer Behörde in ihren Rechten verletzt zu sein, kann sie gem Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG nach Erschöpfen des Instanzenzuges Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit an den VwGH erheben (Parteienbeschwerde).¹⁴⁸ Die dem VwGH zustehenden Überprüfungsmöglichkeiten der Beweiswürdigung sind nur sehr eingeschränkt. Das Sachverständigengutachten ist aber insoweit der Kontrolle des VwGH unterworfen, soweit es sich um Tatsachenfeststellungen handelt, die aktenwidrig, unschlüssig oder in einem mangelhaften Verfahren zustande gekommen sind.¹⁴⁹ Nach der Rsp des VwGH ist die Beweiswürdigung der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zwar nicht auf ihre Richtigkeit, aber auf ihre Schlüssigkeit zu überprüfen. Wenn die belangte Behörde ihre Entscheidung auf ein unschlüssiges Gutachten stützt, ist dies trotz der dem VwGH zustehenden eingeschränkten Kontrolle der Beweiswürdigung von VwGH wahrzunehmen und der angefochtene Bescheid wegen eines Begründungsmangels aufzuheben, bei dessen

¹⁴⁵ VwSlg 7615 A/1969.

¹⁴⁶ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 194. Rsp zur Notwendigkeit der Vorlage eines Gutachtens eines anderen Sachverständigen: VwGH 30.6.2010, 2009/12/0124; VwGH 10.11.2008, 2003/12/0078 mwN.

¹⁴⁷ VwGH 22.9.1992, 92/07/0116.

¹⁴⁸ Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 952.

¹⁴⁹ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 66; vgl auch *Hauer*, Der Bausachverständige im Verwaltungsverfahren, Sachverständige 1995 Heft 1, 6 (9): Der VwGH ist an den festgestellten Sachverhalt und an die Beweiswürdigung insoweit nicht gebunden, als der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt aktenwidrig angenommen wurde, der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt einer Ergänzung bedarf oder Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen wurden, bei deren Einhaltung die Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. (§ 42 Abs 2 Z 3 lit a bis c VwGG).

Vermeidung die Behörde zu einem für den Beschwerdeführer günstigeren Ergebnis hätte gelangen können.¹⁵⁰

In aller Regel ist in der Vorlage eines Privatgutachtens im Zuge eines Beschwerdeverfahrens vor dem VwGH ein Verstoß gegen das Neuerungsverbot zu sehen.¹⁵¹ Ein solches Gegengutachten fällt nur dann nicht unter das Neuerungsverbot, wenn dadurch belegt werden soll, dass sich der von der Behörde beigezogene Sachverständige eines Verstoßes gegen die Denkgesetze schuldig gemacht hat.¹⁵² Ebenso behandelt wird ein Gutachten, welches belegen soll, dass die vom behördlich beigezogenen Sachverständigen gefundenen Ergebnisse auf Erfahrungssätzen beruhen und/oder unter Anwendung von Methoden gewonnen wurden, die dem anerkannten aktuellen Stand der Wissenschaft des betroffenen Fachgebietes nicht entsprechen.¹⁵³

8.4 Ersetzung der behördlichen Entscheidung?

Wie bereits unter Punkt 6.5 erörtert, kann die Erfüllung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben durch beliehene oder in Pflicht genommene Private erfolgen. Paradebeispiel für beliehene Sachverständige sind die zur wiederkehrenden Begutachtung nach § 57a KFG ermächtigten Vereine und Gewerbetreibende. Es handelt sich hierbei um eine Ermächtigung im Einzelfall. Vor Erteilung der Ermächtigung erfolgt eine Überprüfung des jeweiligen Vereins oder Gewerbetreibenden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Ermächtigung vorliegen (siehe unten Punkt 12.10.2.3.1).

Im Gegensatz zur individuellen Ermächtigung im Einzelfall zur Durchführung der wiederkehrenden Begutachtung nach § 57a KFG, gibt es allerdings auch Beispiele in der Verwaltungspraxis, in denen zwar dem Gutachten eines (privaten) Sachverständigen weitreichende Rechtswirkungen zukommen, die Beziehung des konkreten Sachverständigen aber in keinerlei staatlichem Einflussbereich liegt, da es an einer individuellen auf Gesetz beruhenden Ermächtigung im Einzelfall fehlt und die Behörde dennoch an die Erklärung des Sachverständigen gebunden ist (vgl. § 70a Wr BauO¹⁵⁴). Im vereinfachten Bewilligungsverfahren nach § 70a Wr BauO hatte der Bauwerber den Einreichplänen eine

¹⁵⁰ VwGH 2.10.2003, 2000/09/0137; 18.4.2002, 2000/09/0171.

¹⁵¹ Vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 67.

¹⁵² VwGH 4.3.1992, 91/03/0135.

¹⁵³ VwGH 26.4.1995, 92/07/0159; 20.7.1995, 93/07/0043.

¹⁵⁴ Diese Bestimmung wurde schlussendlich vom VfGH als verfassungswidrig erachtet (vgl. VfSlg. 16049). Zur kontroversiellen Diskussion hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit vor Aufhebung durch den VfGH siehe *Muzak*, Binnenschifffahrtsrecht (2004) 479 mwN.

schriftliche Erklärung eines Ziviltechnikers anzuschließen, welche bestätigt, dass die Unterlagen unter Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften verfasst wurden, insbesondere jener, die subjektiv-öffentliche Nachbarrechte begründeten.¹⁵⁵ Kritik wurde vor allem dahingehend geübt, dass der Ziviltechniker mit dieser Erklärung die Rechtmäßigkeit des Vorhabens selbst zu beurteilen habe, sodass die Entscheidungsbefugnis der Behörde verdrängt werde und auch eine „Entscheidung in eigener Sache“ nicht ausschließbar sei.¹⁵⁶

In vergleichbarer Weise sieht auch § 53 Abs 3 SchiffahrtsG eine Erklärung eines Ziviltechnikers vor, „der vom Gesetz eine über ein gewöhnliches Sachverständigengutachten hinausgehende Wirkung eingeräumt wird“.¹⁵⁷ So kann im Fall einer sonstigen Überprüfung (wiederkehrende Nachüberprüfung innerhalb bestimmter Zeiträume sowie Überprüfung von Amts wegen) nach Abs 2 – nicht hingegen bei der erstmaligen Überprüfung im Rahmen des Benützungsbewilligungsverfahrens nach Abs 1 – die Behörde von der Überprüfung absehen, „wenn spätestens zwei Monate vor Ablauf der nach § 52 Abs 2 gesetzten Frist eine Bescheinigung eines Ingenieurkonsulenten eines in Betracht kommenden Fachgebietes oder einer gemäß Abs 4 betrauten Körperschaft darüber vorliegt“, dass „die Anlage den gesetzlichen Anforderungen entspricht“ (§ 52 Abs 4 SchiffahrtsG).¹⁵⁸ Nach *Muzak* sind die Rechtsfolgen der schiffahrtsrechtlichen Bescheinigung des Ziviltechnikers allerdings als „schwächer“ als der baurechtlichen Erklärung anzusehen, da die Behörde nach § 53 Abs 3 SchiffahrtsG lediglich von der Überprüfung der Erklärung des Sachverständigen absehen *kann* (Ermessen der Behörde), wohingegen die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens bei Vorliegen der Sachverständigenerklärung *ausgeschlossen* ist.¹⁵⁹

Meines Erachtens ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass die Auswahl, welcher Ziviltechniker mit der Abgabe einer schiffahrts- oder baurechtlichen Erklärung betraut wird, allein der Partei des Verfahrens obliegt, sodass die Stellung des Ziviltechnikers mit der generellen Stellung eines Privatsachverständigen im Verwaltungsverfahren (vgl. Punkt 6.4) vergleichbar ist. Privatsachverständige stehen in keinem Rechtsverhältnis zur Behörde und

¹⁵⁵ Vgl. *Funk/Kettenbach*, Ziviltechniker als Quasi-Beliehene, ZfV 1997, 569 (570).

¹⁵⁶ Vgl. *Muzak*, Binnenschiffahrtsrecht (2004) 479 unter Hinweis auf *Funk/Kettenbach*, Ziviltechniker als Quasi-Beliehene, ZfV 1997, 569; weiters zitiert *Muzak* in diesem Zusammenhang *Hauer*, Zur Auslegung der § 70a in der Bauordnung für Wien, ZfV 1988, 288 und *Kirchmayer*, Das vereinfachte Bewilligungsverfahren nach der Bauordnung für Wien, bbl 1998, 22.

¹⁵⁷ Vgl. *Muzak*, Binnenschiffahrtsrecht (2004) 480.

¹⁵⁸ Vgl. *Muzak*, Binnenschiffahrtsrecht (2004) 477.

¹⁵⁹ Vgl. *Muzak*, Binnenschiffahrtsrecht (2004) 480.

werden daher nicht als Sachverständige im prozessualen Sinn verstanden. Wesentlich ist somit, dass die Entscheidungskompetenz der Behörde durch die Handlung einer Privatperson nicht unterbunden werden darf und die behördliche Entscheidung nicht durch den Akt eines Sachverständigen – welcher von einer Privatperson (Partei) beauftragt wurde – ersetzt werden darf. Von der Beiziehung eines Ziviltechniker bzw eines Privatsachverständigen müssen hingegen jene Fälle unterschieden werden, in denen Sachverständige selbst mit der Setzung von Hoheitsakten (vgl wiederkehrende Begutachtung nach § 57a KFG) betraut werden. Durch die auf Gesetz beruhende Ermächtigung im Einzelfall wird ein Rechtsverhältnis zur jeweiligen Behörde begründet, sodass von einer bewussten Übertragung der Entscheidungskompetenz gesprochen werden kann, welche die Unterbindung der behördlichen Entscheidungskompetenz rechtfertigt.

9 Exkurs: Weisungsbindung des Amtssachverständigen

Der Amtssachverständige ist Organ kraft Amtes. Aus seiner gleichzeitigen Stellung als Amtssachverständiger im Verwaltungsverfahren und als Dienstnehmer zu einer Behörde ergibt sich ein besonderes Spannungsfeld im Hinblick auf die Weisungsbindung. Als Verwaltungsorgan unterliegt der Sachverständige den Weisungen seines Vorgesetzten, im Verwaltungsverfahren unterliegt der Sachverständige den Weisungen des Verfahrensleiters.¹⁶⁰ Diese mehrseitige Weisungsbindung kann zu Konflikten führen. Da der nichtamtliche Sachverständige nach der hM¹⁶¹ keine Organstellung erlangt, beziehen sich die nachstehenden verfassungsrechtlichen Grundsätze ausschließlich auf Amtssachverständige. Unter Punkt 12.10.4 wird allerdings die These vertreten, dass auch nichtamtliche Sachverständige Organstellung im Verwaltungsverfahren erlangen, sodass im Ergebnis die folgenden Ausführungen zur Weisungsbindung des Amtssachverständigen auch auf den nichtamtlichen Sachverständigen zu übertragen sind.

9.1 Verfassungsrechtliche Grundlage

Gemäß Art 20 Abs 1 B-VG führen unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder nach den Bestimmungen der Gesetze auf Zeit gewählte Organe, ernannte berufsmäßige Organe oder vertraglich bestellte Organe die Verwaltung. Sie sind den ihnen vorgesetzten Organen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich und, soweit in Gesetzen gemäß Art 20 Abs 2 B-VG nicht anderes bestimmt ist, an deren Weisungen gebunden. Das

¹⁶⁰ Vgl *Binder*, Aufgaben, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 76 (79).

¹⁶¹ RIS-Justiz RS0049749.

nachgeordnete Organ kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.

9.2 Bedeutung der Weisungsbindung

Der österreichische Verwaltungsapparat ist in Form eines hierarchischen Systems aufgebaut.¹⁶² Art 20 Abs 1 B-VG normiert den Grundsatz der Weisungsgebundenheit im Bereich der Bundes- und der Landesverwaltung. Ausgenommen von der Weisungsbindung ist der Bereich der Selbstverwaltung.¹⁶³ Die Leitungsbefugnis der vorgesetzten Organe gewährt diesen ein Aufsichtsrecht¹⁶⁴ und ist einfachgesetzlich¹⁶⁵ auszugestalten. Um den weisungsbefugten Organen ein Mittel zur Einflussnahme auf das Verwaltungshandeln der ihnen untergeordneten Organe zur Verfügung zu stellen, gibt es die Weisung.¹⁶⁶ Die Weisung dient dazu, die Einheitlichkeit der Verwaltungstätigkeit zu sichern.¹⁶⁷ Eine Weisung ist eine normative Anordnung, die dem nachgeordneten Organ vorschreibt, wie es die ihm übertragene Funktion ausüben soll.¹⁶⁸ Das Weisungsprinzip gilt auch in jenen Bereichen, in denen Verwaltungsgeschäfte durch Rechtsträger des Privatrechts (zB durch Beleihung) besorgt werden.¹⁶⁹ Mit der Leitungsbefugnis der vorgesetzten Organe korrespondiert die Verpflichtung zur Weisungsbefolgung der nachgeordneten Organe. Grundsätzlich ist jedes Organ an die Weisungen seines vorgesetzten Organs gebunden, sofern es nicht verfassungsgesetzlich weisungsfrei gestellt ist.¹⁷⁰ Weisungen könnten sowohl mündlich als auch schriftlich (auch via Email) erteilt werden.¹⁷¹

Das Organ kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn das die Weisung aussprechende Organ unzuständig ist (formelle Schranke) oder wenn die Befolgung gegen strafgesetzliche¹⁷² Vorschriften verstoßen würde (materielle Schranke).¹⁷³ In allen anderen

¹⁶² Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998) Rz 27.042.

¹⁶³ Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998) Rz 27.049.

¹⁶⁴ Vgl *Mayer*, B-VG⁴ (2007) Art 20 B-VG I.2.

¹⁶⁵ Vgl *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG II/1 Art 20 Abs 1 Rz 25.

¹⁶⁶ Vgl *Mayer*, B-VG⁴ (2007) Art 20 B-VG I.2.

¹⁶⁷ VfSlg 1677/1948.

¹⁶⁸ Vgl *Mayer*, B-VG⁴ (2007) Art 20 B-VG II.1.

¹⁶⁹ Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998) Rz 27.051.

¹⁷⁰ Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998) Rz 27.048.

¹⁷¹ Vgl Walzel von Wiesentreu in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 2.011.

¹⁷² Was genau unter dem Wort „strafgesetzlich“ zu verstehen ist, ist umstritten. Ein Teil der Lehre versteht darunter einen Verstoß gegen Straftatbestände des Strafgesetzbuches, nach anderer Auffassung werden darunter auch Strafnormen der Verwaltungsgesetze verstanden. Vgl *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 348; bloß Justizstrafrecht erfasst: *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht³ (1987) 131.

¹⁷³ Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998) Rz 27.052.

Fällen ist das Organ zum Gehorsam verpflichtet. Sofern die Weisung rechtswidrig ist, ist das Organ zwar zur Befolgung verpflichtet, es kann aber dem vorgesetzten Organ seine Bedenken mitteilen und dieses hat die Weisung schriftlich zu erteilen, anderenfalls gilt sie als zurückgezogen (sog Remonstrationsrecht).¹⁷⁴

9.3 Bedeutung für den Amtssachverständigen

Durch das öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Dienstverhältnis zu einer Behörde – gegebenenfalls zur entscheidenden Behörde – untersteht der Sachverständige den Weisungen seines Dienstvorgesetzten. Die Weisungsbindung ergibt sich unmittelbar aufgrund der Verfassung.¹⁷⁵ An der Weisungsgebundenheit des Amtssachverständigen in dienstrechtlich-organisatorischen Belangen (zB Zeiteinteilung, Verfügung über Sachmittel, Weiterbildung) wird nicht gezweifelt. Abgesehen von seiner dienstrechtlichen Stellung ist der Amtssachverständige Hilfsorgan in einem verwaltungsbehördlichen Verfahren. Da der Amtssachverständige somit auch im konkreten Verfahren als Organ anzusehen ist, stellt sich die Frage, ob dem Amtssachverständigen bei Ausübung seiner gutachterlichen Tätigkeit, also bei der Erstellung von Befund und Gutachten, Weisungen erteilt werden können.¹⁷⁶ Konkret geht es um die Frage der *fachlichen* Weisungsbindung im Sinne einer inhaltlichen Einflussnahme auf den Befund bzw das Gutachten des Amtssachverständigen. Von der fachlichen Weisungsbindung muss die *organisatorische* Weisungsbindung (zB Auftrag zur Gutachtenserstellung, Terminvorgaben) unterschieden werden. Eine Weisungsbefugnis hinsichtlich organisatorischer Belange ergibt sich einerseits aus dem Dienstverhältnis sowie andererseits aus der Prozessleitung des entscheidenden Organs im Verwaltungsverfahren.

Die Aufgabe des Amtssachverständigen in einem Verwaltungsverfahren ist es, ein emotionsfreies, unparteiliches und objektives Gutachten zu erstatten. Die Gutachtenserstattung ist notwendigerweise selbstverantwortlich und fernab von jeder inhaltlichen Fremdbestimmung auszuüben.¹⁷⁷ Auf Grund seiner Stellung als Amtssachverständiger ergibt sich eine gewisse institutionelle Nähe zur entscheidenden Behörde, daher hat der Sachverständige besonders darauf zu achten, dass die Gutachtenserstattung wertungsfrei geschieht.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Einfachgesetzliche Regelung zB in § 44 Abs 3 BDG - vgl *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), Rz 522.

¹⁷⁵ Vgl *Binder*, Aufgaben, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 76 (79).

¹⁷⁶ Vgl *Funk*, Aufgaben, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) I (13 f).

¹⁷⁷ Vgl *Funk*, Aufgaben, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) I (14).

¹⁷⁸ Vgl *Binder*, Aufgaben, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 76 (79).

Die Frage, ob der Amtssachverständige an Weisungen gebunden ist, wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet. *Raschauer*¹⁷⁹ vertritt die Auffassung, dass Amtssachverständige mangels verfassungsgesetzlicher Ausnahme an Weisungen gebunden sind, sie haben aber die Befolgung einer Weisung abzulehnen, sofern diese gegen strafgesetzliche Bestimmungen (zB § 289 StGB) verstößt. Gemäß § 289 StGB ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen, wer als Sachverständiger vor einer Verwaltungsbehörde einen falschen Befund oder ein falsches Gutachten erstattet.¹⁸⁰ Eine Weisung, deren Inhalt die Erstattung eines falschen Befundes oder Gutachtens ist, verstößt somit gegen strafgesetzliche Bestimmungen im Sinne des Art 20 Abs 1 B-VG und ist daher für den Amtssachverständigen nicht verbindlich, sodass der Amtssachverständige vor Weisungen, deren Inhalt pflichtwidriges Verhalten ist, geschützt ist. Ebenso bejahen *Thienel*¹⁸¹ und *Hengstschläger*¹⁸² die Weisungsgebundenheit des Amtssachverständigen. Die Befürworter begründen die Weisungsgebundenheit damit, dass Art 20 Abs 1 B-VG funktionsunabhängig für alle Organe – somit auch Amtssachverständige – gilt und der Amtssachverständige an gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßende Weisungen nicht gebunden ist.¹⁸³ Auch der VwGH bejaht die Weisungsgebundenheit – vorbehaltlich strafgesetzwidriger Weisungen – in seiner jüngeren Rsp und betont, dass der Amtssachverständige in seiner Funktion als Gutachter in einem Verwaltungsverfahren allein für die Richtigkeit des Gutachtens verantwortlich ist und zugleich in Ausübung dieser Funktion der strafrechtlich sanktionierten Wahrheitspflicht untersteht. Diese Wahrheitspflicht ist als stärker anzusehen als das verfassungsrechtliche Weisungsrecht.¹⁸⁴

Binder nimmt insofern eine Zwischenposition ein, als er die Weisungsgebundenheit mangels verfassungsgesetzlicher Ausnahme zwar bejaht, dem Amtssachverständigen aber eine gewisse Unabhängigkeit von den Vorgesetzten zugesteht. Immerhin verlangen die Verfahrensgesetze ein „Gutachten“, also eine „persönliche fachliche Auffassung des Sachverständigen zu einer bestimmten Sachfrage“, welches seine Qualifikation als solches verliert, wenn das übergeordnete Organ eine fachliche Weisung erteilt, wodurch im Ergebnis nicht mehr die

¹⁷⁹ Vgl *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG II/1 Art 20 Abs 1 Rz 102.

¹⁸⁰ Zum Tatbestand des § 289 StGB siehe weiterführend *Wegscheider*, Strafrechtliche Verantwortung, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 92 (98); *Plöchl/Seidl* in *Wiener Kommentar*², § 289 StGB Rz 1 ff.

¹⁸¹ Vgl *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ (2009) 201.

¹⁸² Vgl *Hengstschläger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁴ (2009) Rz 404.

¹⁸³ Vgl *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, *Handbuch* (2006) Rz 2.020; *Mayer*, *Der Begriff der „Anstaltsgutachten“ im Verwaltungsrecht*, *ÖZW* 1982, 1 (3).

¹⁸⁴ VwGH 25.4.2003, 2001/12/0195; VwGH 24.4.1990, Zl. 89/07/0172; VwGH 22.11.2000, Zl. 98/12/0036; vgl auch VfSlg 4929/1965.

persönliche fachliche Meinung des Sachverständigen wiedergegeben wird. Eine Weisung, welche ein vorher bestimmtes Ergebnis einer fachlichen Stellungnahme zum Inhalt hat, ist also per se nicht gesetzwidrig. Der Sachverständige ist jedoch verpflichtet, diese Weisung im Rahmen der Befundaufnahme als Faktum in seinem Gutachten offenzulegen.¹⁸⁵

Die gegenteilige Lehre begründet die Weisungsfreiheit des Amtssachverständigen ebenfalls mit der Wahrheitspflicht.¹⁸⁶ Der Amtssachverständige habe seine Sachverständigentätigkeit autonom auszuüben.¹⁸⁷ Aus dieser Wahrheitspflicht folge, dass die Sachverständigentätigkeit nur selbstverantwortlich durchgeführt werden könne und ein Gutachten, das nach Maßgabe einer Weisung erstellt wurde, jedenfalls nicht wahrheitsgemäß und objektiv sein könne.¹⁸⁸ *Pesendorfer* führt aus, dass die Tätigkeit des Sachverständigen eine persönliche Leistung, kraft eigenem Sachverstand sei, somit handle es sich nicht um „Führen der Verwaltung“ im eigentlichen Sinn. Daher scheidet die Weisungsgebundenheit schon mangels Erfüllung dieses Kriteriums für die Anwendbarkeit des Art 20 Abs 1 B-VG aus.¹⁸⁹ Nach Ansicht des VfGH ist die gutachterliche Tätigkeit „notwendigerweise eine freie Tätigkeit, weil es auf die nach freier Überzeugung gewonnene Sachverständigenmeinung“ ankomme.¹⁹⁰ Weiters unterliegen nach Ansicht des VfGH alle Sachverständigen, also auch der Amtssachverständige, der Wahrheitspflicht.¹⁹¹

Bei Betrachtung der beiden Positionen erkennt man, dass beide – sowohl die Weisungsbindung bejahende, als auch die diese verneinende – Auffassungen auf das gleiche Ergebnis hinauslaufen, wenn es sich auch um unterschiedliche methodische Ansatzpunkte handelt, die, wie es scheint, von geringer Bedeutung für die Praxis sind. Dieser Schein trüge nach *Funk* allerdings.¹⁹² Der die Weisungsgebundenheit befürwortenden Meinung hält *Funk* entgegen, dass diese Position wohl dann nicht befriedigend wäre, wenn der Straftatbestand des § 289 StGB entfielen. Dann würde nämlich die Verpflichtung des Amtssachverständigen, eine gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßende Weisungen abzulehnen, entfallen, da nach der überwiegenden Auffassung diese Pflicht nur dann gegeben ist, wenn die Weisung

¹⁸⁵ Vgl *Binder*, Aufgaben, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 76 (79).

¹⁸⁶ Vgl *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 2.021.

¹⁸⁷ Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998) Rz 27.045.

¹⁸⁸ Vgl *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 2.021.

¹⁸⁹ Vgl *Pesendorfer*, Weisungsgebundenheit, *ZfV* 1983, 231 (237).

¹⁹⁰ VfSlg 4501/1963. Vgl auch *Adamovich/Funk*, Verfassungsrecht³ (1985) 245 f. *Adamovich/Funk* beziehen auch ausdrücklich den nichtamtlichen Sachverständigen in die Frage um die Weisungsbindung von Sachverständigen iSd § 52 AVG ein.

¹⁹¹ VfSlg 4929/1965.

¹⁹² Vgl *Funk*, Aufgaben, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1 (14).

gegen eine (justiz)strafrechtliche Norm verstößt.¹⁹³ Die Wahrscheinlichkeit des Entfalls dieses Straftatbestandes ist, darf in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben.

Ein weiterer – meines Erachtens sehr wesentlicher – Einwand von *Funk* ist die Problematik um jene Weisungen, die die Erstellung eines *fehlerhaften* Befundes oder Gutachtens zum Inhalt haben, welche aber noch nicht den Straftatbestand des § 289 StGB (oder einen anderen Straftatbestand, zB Amtsmissbrauch gem § 302 StGB) erfüllen. Man denke an manipulative Weisungen, die das Ergebnis des Befundes oder Gutachtens beeinflussen, indem sie beispielsweise gewisse Tatsachen auslassen oder hervorheben.¹⁹⁴ Abhilfe kann nach *Funk* im Hinblick auf den zuletzt genannten Problemkreis nur damit geschaffen werden, dass man die Autonomie des Amtssachverständigen hervorhebt und die Weisungsgebundenheit verneint, indem man dessen Funktion als nicht normierte Ausnahme des Weisungsprinzips des Art 20 Abs 1 B-VG betrachtet.¹⁹⁵

Eine Haftung des Amtssachverständigen bei weisungsgemäßigem Verhalten kann immer dann eintreten, wenn der Sachverständige entweder die Weisung eines offenbar unzuständigen Organs befolgt oder wenn die Befolgung der konkreten Weisung einen Verstoß gegen strafgesetzliche Bestimmungen darstellt. Wenn die Weisungsbefolgung zur Schädigung eines Dritten führt und der Amtssachverständige die Rechtswidrigkeit der Weisung positiv kennt, kann neben der Haftung auch Amtsmissbrauch vorliegen.¹⁹⁶

9.3.1 Problem der doppelunktionalen Stellung

Aus der doppelunktionalen Stellung des Amtssachverständigen als Organwalter einer Behörde und Hilfsorgan im Verwaltungsverfahren kann sich noch ein weiteres Problem ergeben. Durch diese mehrfache Weisungsbindung kann es zu einer *Kollision von Weisungen* kommen, wenn die Befolgung der einen Weisung die Befolgung der anderen Weisung unmöglich macht. Die Lösung kann nur darin liegen, dass durch die Aufgabenverteilung und somit die Differenzierung in die dienstliche Aufgabenerfüllung sowie die Erfüllung von Aufgaben als Amtssachverständiger Weisungen eindeutig einem der beiden Bereiche

¹⁹³ Vgl *Funk*, Aufgaben, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1 (15). Nur wenn die Befolgung der Weisung einen Verstoß gegen Justizstrafrecht (nicht gegen Verwaltungsstrafrecht) bedeuten würde, handelt es sich um eine gegen strafgesetzliche Bestimmungen verstoßende Weisung iSd Art 20 Abs 1 B-VG: vgl dazu *Kerschner*, Zivilrechtliche Verantwortung, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 81 (88).

¹⁹⁴ Vgl *Funk*, Aufgaben, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1 (15).

¹⁹⁵ Vgl *Funk*, Aufgaben, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1 (16).

¹⁹⁶ Vgl *Kerschner*, Zivilrechtliche Verantwortung, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 81 (88).

zuordenbar sind. Nach *Attlmayr* stellt eine auf die Tätigkeit im Verwaltungsverfahren bezogene Weisung eines dienstrechtlich vorgesetzten Organs eine Weisung eines unzuständigen Organs dar, sodass die Weisung nach Art 20 Abs 1 B-VG abzulehnen ist.¹⁹⁷

9.3.2 Wertung

Eine Weisungsfreiheit des Sachverständigen ist meines Erachtens entsprechend der herrschenden Lehre und Judikatur mangels einer verfassungsgesetzlichen Ausnahme auszuschließen. Es muss wohl mit den zur Verfügung stehenden Mitteln (Aufzeigen bzw Ablehnen von rechtswidrigen oder gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßenden Weisungen) das Auslangen gefunden werden. Problematisch sind zweifelsohne jene Weisungen, die einem gewissen Graubereich zuzuordnen sind (sog manipulative Weisungen, die das Ergebnis des Gutachtens in irgendeiner Weise beeinflussen). Dem Vorschlag von *Binder*, eine Verpflichtung des Sachverständigen, derartige Weisungen im Gutachten offenzulegen, ist zwar dem Grunde nach zu folgen, es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit eine derartige Offenlegung auch in der Praxis durchgeführt werden würde. Zweck derartiger Weisungen ist wohl immer, gerade *nicht* zu offenbaren, dass das Gutachten in irgendeiner Art und Weise beeinflusst wurde. Um das Bild einer unabhängigen Gutachtenserstattung – und damit einer unabhängigen Verwaltung – zu gewährleisten, sollte daher jedenfalls eine fachliche Weisungsfreistellung des Amtssachverständigen gesetzlich verankert werden.

DIE AMTSHAFTUNG

10 Verfassungsrechtliche Grundlage

Die verfassungsrechtliche Grundlage der Amtshaftung ist Art 23 B-VG. Gem Art 23 Abs 1 B-VG haben der Bund, die Länder, die Gemeinden und die sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts für den Schaden zu haften, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben. Handelt der Organwalter mit Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, kann der Rechtsträger, der für den Schaden haftbar ist, von Personen, die als Organwalter für diesen handeln, Rückersatz verlangen (Art 23 Abs 2 B-VG). Fügt der Organwalter dem Rechtsträger

¹⁹⁷ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 134.

unmittelbar in Vollziehung der Gesetze durch rechtswidriges Verhalten einen Schaden zu, kommt die Organhaftung zum Tragen (Art 23 Abs 3 B-VG).

Aus Art 23 B-VG sind unmittelbar keine Ansprüche ableitbar, vielmehr legt dieser Artikel nur die grundsätzlichen Richtlinien für die bundesgesetzliche Regelung der Amtshaftungsrechts fest.¹⁹⁸ Die Ausführung der näheren Bestimmungen zur Amts- und Organhaftung obliegt gem Art 23 Abs 4 B-VG dem Bundesgesetzgeber. Die Durchführung dieser Kompetenz ist durch Erlassung des AHG 1949 und des OrgHG 1967 erfolgt. Das AHG ist am 1.2.1949 und das OrgHG ist am 1.1.1968 in Kraft getreten.

Im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung kommen die allgemeinen Schadenersatzbestimmungen des ABGB (§§ 1293 ff ABGB) zur Anwendung.¹⁹⁹

Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis klargestellt, dass das Amtshaftungsrecht nicht vom Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) erfasst ist, sondern es sich vielmehr um eine besondere Art des Schadenersatzrechtes handelt, die unter die Sonderkompetenz des Art 23 Abs 4 B-VG fällt und neben dem Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG steht.²⁰⁰

11 Amtshaftung und supranationales Recht

Rechtsgrundlage für einen Amtshaftungsanspruch gegen einen österreichischen Rechtsträger im Sinne des AHG ist das österreichische Recht. Allerdings wurden in Österreich auch fremde Rechtsordnungen durch Akte des österreichischen Verfassungsgesetzgebers oder durch Staatsverträge zur Gänze oder teilweise Teil der österreichischen Rechtsordnung. Diese sind sodann auch von den Organen der österreichischen Rechtsträger, unter Umständen unmittelbar, anzuwenden, sodass auch fremde Rechtsordnungen Einfluss auf das nationale Amtshaftungsrecht nehmen. So steht die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) seit dem BGBl 1964/59 samt ihren Zusatzprotokollen im innerstaatlichen Verfassungsrang. Durch die unmittelbare Anwendung der EMRK werden die nationalen Organe verhalten, die darin verankerten Grundrechte zu beachten. Eine materiell rechtliche Änderung brachte Art 5 Abs 5 EMRK mit sich. Dieser Artikel normiert einen direkten Haftungsanspruch bei

¹⁹⁸ Vgl *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG II/1 Art 23 Rz 6.

¹⁹⁹ Vgl *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 674.

²⁰⁰ VfSlg 8202/1977.

rechtswidriger Festnahme oder Haft.²⁰¹ Darüber hinaus hat die Rechtsprechung des EGMR Einfluss auf die Rechtsprechung der innerstaatlichen Gerichte.²⁰²

Durch den Beitrittsvertrag Österreichs zur Europäischen Union mit Wirkung vom 1.1.1995 hat das Unionsrecht Einzug in die österreichische Rechtsordnung genommen. Das Unionsrecht ist als eine von innerstaatlichem Recht unabhängige und autonome Rechtsordnung gekennzeichnet und vergrößert für den Rechtsanwender den im Einzelfall zu berücksichtigenden Normenkomplex. Durch die sog Vorabentscheidungsverfahren des EuGH (vgl Art 267 AEUV) werden die österreichischen Gerichte an dessen Rechtsanwendung und Rechtsauslegung gebunden.²⁰³ Nach der Rechtsprechung des EuGH obliegt es grundsätzlich den innerstaatlichen Gerichten zu überprüfen, ob einem Einzelnen bei Verstoß gegen das Unionsrecht ein außervertraglicher Haftungsanspruch gegenüber einem Mitgliedstaat gebührt.²⁰⁴

Aus der österreichischen oberstgerichtlichen Rechtsprechung ist im Hinblick auf das Amtshaftungsrecht festzuhalten, dass ein Haftungsanspruch gegenüber einem Rechtsträger entstehen kann, sofern dessen Organ unmittelbar anwendbares Unionsrecht vorwerfbar nicht oder nicht richtig anwendet.²⁰⁵

12 Voraussetzungen der Haftung nach dem AHG

12.1 Allgemeines

Nach § 1 Abs 1 AHG haften der Bund, die Bezirke, die Gemeinden, die sonstigen Körperschaften öffentlichen Rechts und die Träger der Sozialversicherung nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben. Das Organ haftet dem Geschädigten nicht. Damit scheidet ausdrücklich eine solidarische Haftung des Organs mit dem Rechtsträger, wie sie nach den §§ 1313a, 1315 ABGB möglich wäre, aus.²⁰⁶ Der Schaden ist nur in Geld zu ersetzen (§ 1 Abs 1 letzter Satz AHG).

²⁰¹ Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 1282.

²⁰² Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 2.

²⁰³ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 2.

²⁰⁴ EuGH 1.6.1999, C-302/97, *Konle gegen Republik Österreich*, Slg 1999 I-3099.

²⁰⁵ OGH 6.10.2000, 1 Ob 12/00x = SZ 73/150 = JBl 2001, 322.

²⁰⁶ Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht II² (1984) 379.

Um einen Amtshaftungsanspruch zu begründen, muss also ein Organ in Ausübung einer hoheitlichen Tätigkeit wem immer einen Schaden schuldhaft zugefügt haben. Dieses Organ muss für einen Rechtsträger iSd § 1 Abs 1 AHG tätig werden. Haftungssubjekte sind somit Rechtsträger, deren Definition der erste Teil dieses Kapitels gewidmet ist. Die Besonderheit des Amtshaftungsrechts liegt darin, dass der geschädigten Person nicht das den Schaden zufügende Organ persönlich haftet, sondern der Rechtsträger, in dessen Vollzugsbereich das Organ gehandelt hat.²⁰⁷

12.2 Rechtsträger

12.2.1 Allgemeines

In Art 23 Abs 1 B-VG als verfassungrechtliche Grundlage für die Amtshaftung werden als Rechtsträger der Bund, die Länder, die Gemeinden und die sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts genannt. Das Amtshaftungsgesetz folgt dieser Aufzählung nicht vollständig. In § 1 Abs 1 AHG vermisst man die Anstalten des öffentlichen Rechts. Das Gesetz erwähnt lediglich die Träger der Sozialversicherungen.²⁰⁸ Eine Abweichung von Art 23 Abs 1 B-VG war nicht beabsichtigt, insbesondere keine Erweiterung über den Inhalt hinaus, da die Sozialversicherungsträger nach den sie begründenden Gesetzen auch Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, sodass es nicht notwendigerweise einer ausdrücklichen Nennung der Sozialversicherungsträger als Rechtsträger bedurft hätte.²⁰⁹

Nach § 1 Abs 1 AHG haften der Bund, die Bezirke, die Gemeinden, die sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Träger der Sozialversicherung. Bei verfassungskonformer Interpretation versteht man unter „sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts“ – abgesehen von den gesondert erwähnten Gebietskörperschaften und den Trägern der Sozialversicherung – alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts.²¹⁰ Als Rechtsträger iSd § 1 Abs 1 AHG kommen nach dem Gesetzeswortlaut nur juristische Personen des öffentlichen Rechts in Frage, nicht hingegen juristische Personen des Privatrechts.²¹¹

²⁰⁷ Vgl *Kremser in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 7.039.

²⁰⁸ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.2/1.

²⁰⁹ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 19.

²¹⁰ Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 1284.

²¹¹ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 19.

Handeln als Rechtsträger im Sinne des § 1 Abs 1 AHG liegt nur bei Tätigwerden im Rahmen des eigenen Wirkungsbereiches und in Ausübung der Hoheitsverwaltung vor. Tätigwerden im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung kann keine amtshaftungsrechtlichen Ansprüche begründen, hier kommen viel mehr die schadenersatzrechtlichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zur Anwendung. Wird ein Rechtsträger nicht im eigenen, sondern im übertragenen Wirkungsbereich tätig, ist das Handeln jenem Rechtsträger zuzuordnen, dessen Funktion sie besorgen.²¹² Zur Haftung des organisatorischen Rechtsträgers siehe unten 12.2.3.

12.2.2 Körperschaften, Anstalten, Fonds

Die Abgrenzung von juristischen Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts ist nicht immer leicht, zumal auch juristische Personen des Privatrechts hoheitliche Tätigkeiten im Zuge einer Beleihung ausüben können. Die Abgrenzung erfolgt anhand des Organisationsrechts.²¹³ Was genau als juristische Person des öffentlichen Rechts zu verstehen ist, wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet.²¹⁴ Nach *Adamovich/Funk* zeichnet sich eine juristische Person des öffentlichen Rechts durch einen öffentlich-rechtlichen Status, welcher nach organisatorischen Merkmalen, wie Errichtung, Zwangskomponenten und dgl, bestimmt wird, und durch die Wahrung von öffentlichen Interessen aus.²¹⁵ Nach *Raschauer* sind juristische Personen des öffentlichen Rechts dadurch gekennzeichnet, dass sie durch ein spezielles Gesetz oder – basierend auf einer besonderen Rechtsgrundlage – durch einen speziellen Hoheitsakt errichtet wurden (zB Kammern, Universitäten, Sozialversicherungsträger, etc).²¹⁶ Aus diesem Grund ist anerkannt, dass sie, selbst wenn sie Aufgaben der Privatwirtschaftsverwaltung ausüben, zumindest Anteil an der Hoheitsgewalt des Staates haben.²¹⁷

Als Körperschaft bezeichnet man eine zur juristischen Person erhobene Personenmehrheit. Körperschaften haben unabhängig vom Wechsel ihrer Mitglieder Rechtspersönlichkeit und Rechtsfähigkeit. Das Verhältnis der Körperschaft zu ihren Mitgliedern ist öffentlich-rechtlicher Natur. Bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen besteht kraft Gesetzes eine sog Pflichtmitgliedschaft.²¹⁸ Man unterscheidet je nach dem Merkmal, das die Mitgliedschaft

²¹² Vgl *Vrba-Zechner*, Amtshaftungsrecht (1983) 4.

²¹³ Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 75.

²¹⁴ Vgl *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht³ (1987) 316 mwN.

²¹⁵ Vgl *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht³ (1987) 316.

²¹⁶ Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 75; *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 20.

²¹⁷ Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 75; *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 20.

²¹⁸ Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 79.

vermittelt, zwischen Gebietskörperschaften einerseits (Bund, Länder, Gemeinden) und Personalkörperschaften andererseits (zB Kammern, öffentlich-rechtliche Genossenschaften etc).²¹⁹ Gebietskörperschaften erfassen jedermann, der in ihrem Gebiet wohnt oder sich dort aufhält, Personalkörperschaften erfassen Menschen mit gleichen persönlichen Merkmalen oder Eigenschaften oder mit gleichen wirtschaftlichen, kulturellen oder politischen Zielen (idR mit gleichen Berufen). Die Gebietskörperschaften sind in § 1 Abs 1 AHG vollständig genannt.²²⁰

Als (selbstständige) Anstalt wird eine zur juristischen Person erhobene Sachgesamtheit bezeichnet. Eine Anstalt verfügt über sachliche und persönliche Mittel, die dauernd bestimmten Zwecken der öffentlichen Verwaltung gewidmet sind.²²¹ Eine Anstalt hat keine Mitglieder, sondern Benutzer. Dieses Benutzungsverhältnis kann sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich ausgestaltet sein. Im Vergleich zu Körperschaften sind Anstalten jedoch nicht notwendigerweise juristische Personen. Häufig wird die Bezeichnung „Anstalt“ auch für sonstige unselbstständige, also nicht rechtsfähige Einrichtungen, verwendet. Beispielsweise handelt es sich bei von Gebietskörperschaften betriebenen Schulen um derartige unselbstständige Anstalten, welche dann der jeweiligen Gebietskörperschaft unterstehen, die wiederum Haftungssubjekt iSd Amtshaftungsrechtes ist.²²²

Von den Anstalten des öffentlichen Rechts erwähnt das Gesetz lediglich die Sozialversicherungsträger. Da es bis vor einigen Jahren in der Rechtswirklichkeit keine Anstalten des öffentlichen Rechts mit eigenem hoheitlichem Wirkungsbereich gab, war es ohne Bedeutung, dass das Gesetz die Anstalten des öffentlichen Rechts nicht erwähnte. Mit (verfassungs-)gesetzlicher Einführung der weisungsfreien Finanzmarktaufsicht als Anstalt des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit änderte sich dies jedoch.²²³ Durch Verfassungsbestimmung wurde die FMA in § 1 Abs 1 FMABG als Anstalt des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit eingerichtet und mit der Vollziehung der Bankenaufsicht, der Versicherungsaufsicht, der Wertpapieraufsicht und der Pensionskassenaufsicht betraut. In Ausübung ihres Amtes ist die FMA an keine Weisungen

²¹⁹ Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 81.

²²⁰ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 20: Die Nennung der „Bezirke“ als haftender Rechtsträger ist in Art 23 Abs 1 B-VG mit BGBl 2003/100 entfallen, in § 1 Abs 1 AHG allerdings nach wie vor enthalten. Praktische Bedeutung haben die Bezirke als Körperschaften öffentlichen Rechts keine, da die in Art 120 B-VG in Aussicht genommenen „Gebietsgemeinden“ mangels Erlassung eines Ausführungsgesetzes bis heute nicht gebildet wurden.

²²¹ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 20.

²²² Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 82 f.

²²³ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.2/1.

gebunden. Für das Gebiet des Amtshaftungsrechts ergab sich dann die Frage, ob die FMA als Rechtsträger im Sinne des AHG zu qualifizieren ist. In der Literatur wurde die Meinung vertreten, dass die FMA nicht als Rechtsträger anzusehen ist, sondern für Schäden iSd AHG der Bund haftet.²²⁴ Der Gesetzgeber nahm die herrschende Diskussion zum Anlass, dass er in § 3 Abs 1 FMABG idF BGBl I Nr 33/2005 klarstellte, dass für die von Organen und Bediensteten der FMA in Vollziehung der in § 2 FMABG genannten Bundesgesetze zugefügten Schäden der Bund nach den Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes haftet.²²⁵ Da die FMA in Ausübung ihrer Aufgaben funktionell für den Bund tätig ist, ist es ohne Bedeutung, dass Anstalten nicht ausdrücklich in dieser Bestimmung genannt sind.

Fonds sind zu juristischen Personen erhobene Vermögensmassen. Die meisten Fonds sind privatrechtlicher Natur, es gibt aber auch öffentlich-rechtliche. Fonds haben keine Mitglieder, sondern Begünstigte. Fonds können zu hoheitlichem Handeln ermächtigt sein. Öffentlich-rechtliche Fonds bilden zB der Versöhnungsfonds oder der Künstler-Sozialversicherungsfonds.²²⁶ Fonds sind zwar nicht selbst passiv legitimiert, es haftet aber jener Rechtsträger, dessen Aufgaben wahrgenommen werden, für Schäden, die sie bzw ihre Organe in hoheitlichen Angelegenheiten verursacht haben.²²⁷

12.2.3 Haftung des organisatorischen Rechtsträgers

Mit der Novelle 1989²²⁸ wurde der § 1 Abs 3 AHG in das Gesetz eingefügt. Nach dieser Bestimmung haftet der in § 1 Abs 1 AHG genannte Rechtsträger (funktionelle Rechtsträger) zur ungeteilten Hand mit jenem Rechtsträger, als dessen Organ die handelnde Person gewählt, ernannt oder sonstwie bestellt worden ist (organisatorische Rechtsträger). Handelt somit ein Rechtsträger im übertragenen Wirkungsbereich für einen anderen Rechtsträger, haften beide Rechtsträger dem Geschädigten solidarisch.²²⁹ Hat der organisatorische Rechtsträger dem Geschädigten den Schaden ersetzt, kann er vom funktionellen Rechtsträger Rückersatz verlangen. Zu Rückersatzansprüchen unter Rechtsträgern siehe unten Punkt 12.9.3.

Solidarische Haftung von Rechtsträgern tritt aber auch dann ein, wenn das schädigende Organverhalten mehreren Rechtsträgern zurechenbar ist. In diesem Fall hat jener

²²⁴ Vgl *Raschauer*, Amtshaftung und Finanzmarktaufsicht, ÖBA 2005, 338ff; *Rebhahn*, Amtshaftung für Bankprüfer, ÖBA 2004, 267 ff.

²²⁵ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.2/2.

²²⁶ Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 84 ff.

²²⁷ Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 1326.

²²⁸ Erweiterte Wertgrenzen-Novelle BGBl 343/1989.

²²⁹ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.2/6.

Rechtsträger, der dem Geschädigten den Schaden ersetzt hat, gegen den anderen Rechtsträger einen Ausgleichsanspruch.²³⁰ Selbst wenn eine Zurechnung nicht möglich ist, kann Solidarhaftung der Rechtsträger in Betracht kommen.²³¹

Die Einführung dieser Bestimmung ist aus Gründen der Verbesserung des Rechtsschutzes für Geschädigte erfolgt, da es für Außenstehende durchaus schwer erkennbar ist, wer der haftbare (funktionelle) Rechtsträger ist, wenn für diesen ein Organ eines anderen Rechtsträgers (sog organisatorischer Rechtsträger) tätig wird.²³²

12.3 Organe der Rechtsträger

12.3.1 Allgemeines

Damit das Handeln eines Sachverständigen einem Rechtsträger im Sinne des § 1 Abs 1 AHG zurechenbar ist, muss der Sachverständige Organstellung haben. Organe im Sinne des Amtshaftungsgesetzes sind gem § 1 Abs 2 AHG alle physischen Personen, wenn sie in Vollziehung der Gesetze (Gerichtsbarkeit oder Verwaltung) handeln, gleichviel, ob sie dauernd oder vorübergehend oder für den einzelnen Fall bestellt sind, ob sie gewählte, ernannte oder sonst wie bestellte Organe sind und ob ihr Verhältnis zum Rechtsträger nach öffentlichem oder privatem Recht zu beurteilen ist.

12.3.2 Organbegriff des AHG

Wer Organ ist, bestimmt § 1 Abs 2 AHG in Form einer Legaldefinition. Der Organbegriff des AHG ist ein sehr weiter.²³³ Die Organstellung ist unabhängig von der Art der Bestellung, vom Verantwortungsgrad, von der Leitungsbefugnis und vom hierarchischen Rang. Für die Organstellung ist es somit unbeachtlich, ob das Verhältnis zum Rechtsträger nach öffentlichem oder nach privatem Recht zu beurteilen ist. Der Organbegriff bezieht sich allerdings ausschließlich auf physische Personen (Zur Wandlung des Organbegriffs siehe die Punkte 12.3.3 und 12.8.2.5).²³⁴ Auch kommt es nicht auf die Dauer der Bestellung an. Von § 1 Abs 2 AHG werden sowohl auf Dauer als auch nur vorübergehend oder für den Einzelfall bestellte Organe erfasst.²³⁵ Notwendige Voraussetzung für die Erlangung der Organstellung

²³⁰ OGH 14.12.1979, 1 Ob 28/79 = JBI 1981, 210 = SZ 52/185.

²³¹ Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 1285.

²³² OGH 17.11.2003, 1 Ob 70/03f (SZ 2003/125); vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 22.

²³³ Vgl *Aicher*, System, in: *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 1 (5)

²³⁴ Vgl *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 16.

²³⁵ Vgl *Vrba-Zechner*, Amtshaftungsrecht (1983) 155.

ist „Handeln in Vollziehung der Gesetze“, gemeint ist damit der Tätigkeitsbereich als allgemeine Voraussetzung für die Begründung der Organstellung. Für die Begründung eines Amtshaftungsanspruchs muss weiters geprüft werden, ob die konkrete, schädigende Handlung „in Vollziehung der Gesetze“ getätigt wurde.²³⁶

Für die Beurteilung der Organstellung gemäß § 1 Abs 2 AHG bedarf es der Unterscheidung zwischen den auf Dauer bestellten Organen (Organe kraft Amtes) und jenen Organen, die nur vorübergehend oder für den Einzelfall (Organe kraft Sonderkompetenz) bestellt sind. Diese Unterscheidung ist insofern von Bedeutung, als bei Organen kraft Amtes deren Organstellung bei konkret hoheitlichem Tätigwerden immer anzunehmen ist, es sei denn, „es träfen die Voraussetzungen *gelegentlich der Vollziehung der Gesetze* zu“. Die Organstellung von Organen kraft Sonderkompetenz setzt voraus, dass ein Verhalten innerhalb des übertragenen Kompetenzbereichs gesetzt wird. Die Organstellung ist auch dann zu bejahen, wenn das gesetzte Verhalten für den übertragenen Kompetenzbereich notwendige Voraussetzung ist. Entscheidend ist die Differenzierung zwischen Organen kraft Amtes und Organen kraft Sonderkompetenz für die Zurechnung des Organverhaltens. Bei Organen kraft Amtes ist – mit Ausnahme von gelegentlichem Handeln in Vollziehung der Gesetze – jedes Organhandeln dem Rechtsträger zuzurechnen, bei Organen kraft Sonderkompetenz erfolgt die Zurechnung nur dann, wenn das Verhalten innerhalb der übertragenen Kompetenz gesetzt wurde (sowie als notwendige Voraussetzung dafür).²³⁷

Die Zurechnung des Organverhaltens erfolgt immer nach funktionellen Gesichtspunkten.²³⁸ Allgemein kann gesagt werden, dass immer jener Rechtsträger haftet, in dessen Vollzugsbereich das Organ handelt. Es kommt nicht darauf an, welchem Rechtsträger das schädigende Organ organisatorisch zuordenbar ist, sondern in wessen Namen und für wen das Organ funktionell handelt (sog Funktionstheorie). Im Zweifel kommt es auf den äußeren Schein der vorgenommenen oder vorzunehmenden Handlungen oder auf die von dem Organ abgegebenen Erklärungen an.²³⁹

²³⁶ Vgl Mader in Schwimann, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 4 f.

²³⁷ Vgl Vrba-Zechner, Amtshaftungsrecht (1983) 155 f. Es ist zu beachten, dass nach der jüngeren Rsp des OGH Amtshaftung für die Tätigkeit eines Amtssachverständigen nur in Betracht kommt, wenn das konkrete Gutachten einer hoheitlich wahrzunehmenden Verwaltungsmaterie zuzuordnen ist (vgl RIS-Justiz RS0120112). Folglich ist nicht jedes Handeln eines Verwaltungsorgans per se als Hoheitsakt anzusehen.

²³⁸ Vgl Adamovich/Funk, Verwaltungsrecht³ (1987) 439.

²³⁹ Vgl Schragel, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 25.

12.3.3 Organ als natürliche Person

Der Gesetzeswortlaut ist nach *Schragel* eindeutig dahingehend, dass nur natürliche Personen Organe sein können. Im Regelfall werden vor allem physische Personen durch hoheitlichen Akt für hoheitliche Aufgaben bestellt. Bei privatrechtlichen Verträgen zwischen Organ und Rechtsträger denkt man vor allem an Verträge mit Vertragsbediensteten. Nach *Schragel* bedenkt das Gesetz allerdings nicht, dass auch juristische Personen des Privatrechts zur Erfüllung von hoheitlichen Aufgaben bestellt werden können.²⁴⁰

Eine Art „Wandlung des Organbegriffs“ hat im Jahr 2009 mit der Entscheidung 1 Ob 176/08a in die Judikatur des OGH Einzug gefunden.²⁴¹ Mit dieser Entscheidung hat der OGH seine bisherige Rsp im Hinblick auf die Unzulässigkeit des Rechtsweges gem § 9 Abs 5 AHG, wonach das Organ mit einem (deliktischen) Schadenersatzanspruch nicht direkt belangt werden kann, dahingehend geändert, dass nunmehr auch beliehene juristische Personen von der immunisierenden Wirkung des § 9 Abs 5 AHG mit umfasst sind. Im Jahr 2011 hat der OGH die Unzulässigkeit des Rechtsweges gem § 9 Abs 5 AHG auch hinsichtlich Personengesellschaften (OG, KG) bejaht.²⁴²

Ein Wandel der bisherigen Rsp dürfte sich damit auch im Hinblick auf die zur wiederkehrenden Begutachtung gem § 57a KFG ermächtigten Vereine und gewerblichen Unternehmen abzeichnen. Nach § 57a Abs 2 KFG kann der jeweilige Landeshauptmann in seinem örtlichen Wirkungsbereich auf Antrag Ziviltechniker oder technische Büros – Ingenieurbüros (§ 134 GewO) des einschlägigen Fachgebietes, Vereine oder zur Reparatur von Kraftfahrzeugen oder Anhängern berechnete Gewerbetreibende, die hinreichend über hierzu geeignetes Personal und die erforderlichen Einrichtungen verfügen – zur wiederkehrenden Begutachtung aller oder einzelner Arten von Fahrzeugen gem § 57a Abs 1 KFG ermächtigen. Durch Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie ist festzusetzen, unter welchen Voraussetzungen eine Person mit der Durchführung der wiederkehrenden Begutachtung ermächtigt werden kann und über welche Einrichtungen sie zu verfügen hat. Der jeweilige Landeshauptmann ermächtigt somit

²⁴⁰ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 23.

²⁴¹ OGH 26.2.2009, 1 Ob 176/08a = Zak 2009/274 S 178 - Zak 2009, 178 = Rabl, ecolex 2009, 579 = ecolex 2009/221 S 590 - ecolex 2009, 590 = JBI 2009,520 = RdM-LS 2009/42 (Zeinhofer) = RZ 2009, 195 EÜ288 - RZ 2009 EÜ288 = ZVR 2010/43 S 79 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) - ZVR 2010, 79 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = RdW 2009/503 S 524 - RdW 2009, 524. Vgl zu dieser E auch *Rabl*, Amtshaftungsimmunität für beliehene juristische Personen! ecolex 2009, 579. Zur immunisierenden Wirkung des § 9 Abs 5 AHG siehe auch unten Punkt 12.8.2.5.

²⁴² OGH 23.2.2011, 1 Ob 224/10p.

eine gesetzlich nominierte Stelle. Die Begutachtung wird von einer geeigneten Person nach Nennung gegenüber der Behörde durchgeführt. Nach *Wegrath* ist als Organ im Sinne des AHG die zur wiederkehrenden Begutachtung befugte Stelle zu verstehen.²⁴³ Dies begründet er allerdings nicht. Nach *Schrage*²⁴⁴ und der (bisherigen) oberstgerichtlichen Rechtsprechung²⁴⁵ sind die für den Verein oder Gewerbetreibenden handelnden natürlichen Personen Organe gemäß § 1 Abs 2 AHG. Von Gesetzes wegen kann zwar einer juristischen Person des Privatrechts die Besorgung hoheitlicher Aufgaben übertragen werden, als Organ des Rechtsträgers gilt aber immer (bzw bis jetzt) „jene physische Person, die das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten, aus dem ein Amtshaftungsanspruch abgeleitet wird, namens der juristischen Person des Privatrechts für den Rechtsträger gesetzt hat“.²⁴⁶ Daran ändert auch § 57b KFG nichts.²⁴⁷ Diese Bestimmung ordnet die Anwendung des Amtshaftungsgesetzes an, wenn durch ein rechtswidrige Verhalten eines gem § 57 Abs 4 KFG zur Abgabe eines Gutachtens für die besondere Überprüfung oder eines gem § 57a KFG zur wiederkehrenden Begutachtung Ermächtigten jemandem schuldhaft ein Schaden zugefügt wird. Ausdrücklich besteht ein Rückersatzanspruch des Rechtsträgers gegenüber dem Ermächtigten auch dann, wenn es sich bei der handelnden Person nicht um eine natürliche Person handelt.

Durch die durch den Gesetzgeber geschaffene Möglichkeit, auch juristische Personen des Privatrechts mit hoheitlichen Aufgaben zu betrauen, erachte ich die Änderung der bisherigen Judikaturlinie des OGH als sehr zeitgemäß. Der historische Gesetzgeber hat ganz offensichtlich nicht juristische Personen des Privatrechts von der Organstellung ausnehmen wollen, er hat vielmehr nicht daran gedacht, da Beleihung im Jahr 1949 noch nicht gesetzlich vorgesehen war.²⁴⁸ Ausgehend vom Wortlaut des § 1 Abs 2 AHG ist dieser eindeutig dahingehend, dass der Gesetzgeber nur physische Personen als Organe qualifiziert, allerdings ist der Organbegriff an sich sehr weit gehalten, da es dem Wortlaut zufolge nicht auf die Dauer der Bestellung, die Art der Bestellung oder die Rechtsgrundlage im Verhältnis zum Rechtsträger ankommt, sodass sich ein Reformbedarf hinsichtlich des Organbegriffs des § 1 Abs 2 AHG zeigt. Es ergibt sich nämlich insgesamt ein sehr weites Verständnis, welchen (physischen) Personen Organstellung zukommt, da es jedenfalls nicht darauf ankommt, ob sich ein Rechtsträger einer Person nur einmalig oder auf Dauer, auf Werkvertragsbasis oder

²⁴³ Vgl *Wegrath*, Das § 57a-Gutachten in Theorie und Praxis, Sachverständige 2010, 68 (69).

²⁴⁴ Vgl *Schrage*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 23.

²⁴⁵ RIS-Justiz RS0049956; OGH 1 Ob 8/03p = ZVR 2004/24 = JBl 2003, 866.

²⁴⁶ SZ 69/188; SZ 59/199; *Schrage*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 23.

²⁴⁷ Vgl *Schrage*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 23.

²⁴⁸ Vgl dazu *Schrage*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 9 Rz 258.

aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses bedient, sodass es im Ergebnis auch nicht darauf ankommen darf, ob es sich bei der für den Rechtsträger handelnden Person um eine natürliche oder eine juristische Person handelt. Wertungsmäßig ist kein Unterschied zwischen einer natürlichen und einer juristischen Person als Organ zu erkennen. Die geltende Rechtslage, wonach im Umkehrschluss eine juristische Person des Privtarechts, welche in Vollziehung der Gesetze jemandem einen Schaden zufügt, auch direkt deliktisch in Anspruch genommen werden kann, stellt insoweit eine unsachliche Differenzierung dar.

12.3.4 Erlangung der Organeigenschaft

Damit eine Person Organstellung erlangt, genügt es nicht, dass sie eine bestimmte Tätigkeit – welche ihrem Inhalt zufolge eine hoheitliche Tätigkeit darstellt – ausübt. Tätigwerden in Vollziehung der Gesetze ist zwar Voraussetzung für die Organstellung, aber für sich allein ist es noch nicht ausreichend, diese zu begründen.²⁴⁹ Vielmehr bedarf es zur Erlangung der Organstellung eines formellen Aktes des Rechtsträgers, mit welchem die Person mit der Ausübung hoheitlicher Aufgaben betraut oder hierzu ermächtigt wird. Für die rechtswirksame Bestellung ist es ausreichend, wenn diese durch eine hierzu befugte Person, die selbst Organstellung iSd AHG hat, erfolgt. § 1 Abs 2 AHG nennt verschiedene Typen von Verleihungsakten (Wahl, Ernennung, Bestellung); diese Auflistung ist allerdings nur demonstrativer Natur.²⁵⁰

Die Jud des OGH lässt keinen Zweifel daran, dass auch jene physischen Personen Organstellung erlangen, die mittels privatrechtlichen Vertrages bestellt wurden.²⁵¹ Das ergibt sich zweifelsohne auch aus § 1 Abs 2 AHG. Der privatrechtliche Bestellungsvertrag entfaltet aber keinerlei Schutzwirkungen zugunsten eines Geschädigten. Ist somit der Schädiger als Organ iSd § 1 Abs 2 AHG anzusehen, kann der Geschädigte das Organ nicht direkt aufgrund des privatrechtlichen Bestellungsvertrages in Anspruch nehmen.²⁵² Der OGH betont in seiner Rsp, dass ein aus dem Bestellungsvertrag abgeleiteter Direktanspruch der Bestimmung des § 9 Abs 5 AHG, welche ausdrücklich den ordentlichen Rechtsweg für den gegen das Organ gerichteten Ersatzanspruch wegen eines in Vollziehung der Gesetze zugefügten Schadens für unzulässig erklärt, zuwiderläuft und dessen Anwendungsbereichs berauben würde. Wäre dem nicht so, könnte man jeden Vertragsbediensteten wegen seiner Bestellung durch einen Vertrag

²⁴⁹ Vgl *Kremser in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 7.054.

²⁵⁰ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 25.

²⁵¹ OGH 1 Ob 296/03s = JBl 2005, 387; vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kapitel 1.3/1.

²⁵² RIS-Justiz RS0119445; vgl auch *Mader in Schwimann ABGB*³ VII, AHG § 9 Rz 5.

für Schäden aus hoheitlichem Handeln persönlich in Anspruch nehmen.²⁵³ Davon unterschieden werden muss die Frage, welche Auswirkungen es auf die Organimmunität des handelnden Organs hat und ob eine direkte Inanspruchnahme des Organs möglich ist, wenn eine Vertragsbeziehung zwischen dem beliehenen Unternehmen oder dem Organ und dem Geschädigten besteht (zu den Ausnahmen von der Organimmunität siehe Punkt 12.8.2.5.1).

Die Begründung der Organstellung einer Privatperson kann auch mittels Realaktes geschehen. Die Organstellung kann aber auch dann begründet werden, wenn die Person zwar nicht selbst mit der Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten betraut wird, jedoch andere Organe bei der Besorgung hoheitlicher Aufgaben unterstützten oder entlasten soll und auf diese Weise in die Vollziehung miteingebunden ist.²⁵⁴ Nach der Rsp des OGH genügt „ein Verhalten im Dienst der Erreichung hoheitlicher Zielsetzung“ für die Bejahung der Organstellung iSd § 1 Abs 2 AHG.²⁵⁵

Die Bestellung eines Organs kann auch durch eine juristische Person erfolgen, der zwar selbst keine Rechtsträgereigenschaft zukommt, die aber durch Beleihung im Rahmen der hoheitlichen Vollziehung tätig ist.²⁵⁶ Man spricht hier von der sog „Mediatisierung des Bestellungsaktes“. Es handelt sich dabei um ausgegliederte Unternehmen – zB die Österreichische Nationalbank²⁵⁷, die gem § 57a KFG ermächtigten Vereine und gewerblichen Unternehmen²⁵⁸, die akkreditierten Kesselprüfstellen²⁵⁹ –, denen durch den zuständigen Rechtsträger behördliche Befugnisse übertragen wurden. Die Ausübung ihrer Tätigkeit impliziert auch die Dienste zur Erreichung der hoheitlichen Zielsetzung, sodass davon auch die Bestellung von Organen erfasst ist.²⁶⁰

Die Organstellung setzt keine Einbindung in den Weisungszusammenhang gem Art 20 Abs 1 B-VG voraus.²⁶¹ In der Jud zu den vom Landeshauptmann gem § 57a KFG

²⁵³ Vgl OGH 12.10.2004, 1 Ob 296/03s = JbI 2005, 387 = ZVR 2005, 77 (*Danzl*) = SZ 2004/145.

²⁵⁴ RIS-Justiz RS0104351; Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatsshaftung (2010) Register 2/Kapitel 1.3/1.

²⁵⁵ OGH 25.3.2003, 1 Ob 188/02g = ÖJZ-LSK 2003/145 = ecolex 2003, 416 = ZIK 2003, 141 = EvBl 2003/129 S 608 - EvBl 2003,608 = GesRZ 2003, 239 = wbl 2003, 443 = *Rebhahn*, ÖBA 2004, 267 = ÖBA 2004, 304 = SZ 2003/28 = *Danzl*, ZVR 2004,113 = *Raschauer*, ÖJZ 2005, 1.

²⁵⁶ Zu beachten ist, dass durch die „Wandlung des Organbegriffs“ (vgl 1 Ob 176/08a) auch beliehene juristische Personen des Privatrechts Organimmunität gem § 9 Abs 5 AHG genießen und damit auch die generelle Bejahung der Organstellung beliehener Unternehmen absehbar ist.

²⁵⁷ OGH 17.10.1995, 1 Ob 8/95 = SZ 68/191.

²⁵⁸ OGH 4.4.1990, 1 Ob 3/90 = JbI 1991, 180 (*Rebhahn*).

²⁵⁹ OGH 27.3.2001, 1 Ob 25/01k = ÖJZ-LSK 2001/182 = EvBl 2001/159 S 689 - EvBl 2001, 689 = JbI 2001, 722 = RdW 2001, 591 = Jus-Extra OGH-Z 3193 = ÖZW 2002/59 = SZ 74/55.

²⁶⁰ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatsshaftung (2010) Register 2/Kapitel 1.3/2 f.

²⁶¹ Vgl *Vrba-Zechner*, Amtshaftungsrecht (1983) 154.

ermächtigten Vereinen und Gewerbetreibenden hat der OGH ausgesprochen, dass den Behörden gegenüber ermächtigten Vereinen und Gewerbetreibenden kein Weisungsrecht zusteht und dieser Umstand auch nicht gegen die Organstellung derart Ermächtigter (gemeint wohl: Organstellung der physischen Personen) spricht.²⁶²

12.3.4.1 Privatperson als Organ

Für die Erlangung der Organstellung verlangt das Gesetz keine organisationsrechtliche Organstellung im Sinne eines Dienstverhältnisses mit dem Rechtsträger als Beamter oder Vertragsbediensteter.²⁶³ Dadurch, dass das Gesetz auch die vorübergehende Bestellung von Organen zulässt, ist es natürlich auch möglich, dass Privatpersonen durch einen Hoheitsakt Organstellung erlangen.

Unter Beleihung wird die Betrauung von natürlichen Personen (oder von juristischen Personen des Privatrechts) mit der „Zuständigkeit zur Setzung von Hoheitsakten in eigener Organkompetenz und Verantwortung“ verstanden.²⁶⁴ Im Vergleich dazu versteht man unter „Indienstnahme“ bloß unterstützende und verwaltungsentlastende Tätigkeiten. Eine in Dienst genommene Person hat somit keine Kompetenz zur Setzung von Hoheitsakten kraft eigenen Entschlusses. Sofern eine Person auch ohne ihr Einverständnis in Dienst genommen werden kann, spricht man auch von „Inpflichtnahme“.²⁶⁵ Die Rsp bejaht, dass auch Private mit der Besorgung hoheitlicher Aufgaben betraut werden können. Wesentlich ist dabei nur, dass die Person mit den Befugnissen, hoheitlich zu handeln, ausgestattet wird. Keine Voraussetzung ist allerdings, dass sie einem Dritten gegenüber hoheitlich handelt, es genügt vielmehr ein Verhalten im Dienst der Erreichung hoheitlicher Zielsetzung. Für die Bejahung der Organstellung ist es gleichgültig, ob die Person durch Beleihung hoheitlich tätig werden darf (bzw muss) oder ob sie bloß in die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben eingebunden ist, um andere Organe bei deren Besorgung hoheitlicher Aufgaben zu unterstützen oder zu entlasten, ohne selbst Befugnisse zum Setzen von Hoheitsakten zu haben.²⁶⁶

²⁶² OGH 18.2.1981, 1 Ob 34/80 = SZ 54/19 = JBl 1981,649 = ZVR 1982/24 S 17.

²⁶³ Vgl *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG II/1 Art 23 B-VG Rz 14.

²⁶⁴ Vgl *Adamovich/Funk*, *Verwaltungsrecht*³ (1987) 328.

²⁶⁵ Vgl *Adamovich/Funk*, *Verwaltungsrecht*³ (1987) 328.

²⁶⁶ RIS-Justiz RS0104351.

12.3.4.2 Mangelhaftigkeit des Bestellungsaktes

Die Organstellung einer Person wird durch einen Bestellungsakt begründet. Es kommt jedoch auch vor, dass der Bestellungsakt, mit dem die Person vom Rechtsträger Organstellung verliehen bekommt, an einem Mangel leidet. In der Folge schädigt das nicht wirksam bestellte Organ jemanden und der Geschädigte macht einen Amtshaftungsanspruch gegen den Rechtsträger geltend. Nun stellt sich die Frage, ob die mangelhafte Bestellung des Organs Auswirkungen auf einen Amtshaftungsanspruch nach sich zieht.

Nach *Zechner* ist bei der Beurteilung, ob einer schädigenden physischen Person Organstellung zukommt, die Rechtmäßigkeit des Bestellungsaktes unerheblich.²⁶⁷ Es kommt nur darauf an, ob dem Rechtsträger ein für das schädigende Verhalten unmittelbar ursächlicher Bestellungsakt zurechenbar ist. Es macht keinen Unterschied, ob es sich um einen Nichtakt oder um einen bloß anfechtbaren (vernichtbaren) Akt handelt. Es genügt „irgendein“ Bestellungsakt. Nur wenn der Rechtsträger keine adäquate Ursache für die Bestellung gesetzt hat, ist ihm das schädigende Verhalten des Organs nicht zuzurechnen.²⁶⁸ Die Ansicht *Schragels* ist insofern strenger, als ein „Nichtakt“ als Bestellungsakt keinesfalls eine gültige Organhandlung im Sinne einer wirksamen Erlangung der Organstellung rechtfertigen kann. Ein Bestellungsakt, der hingegen nur anfechtbar (vernichtbar) ist, lässt die Wirksamkeit des schädigenden Organverhaltens unberührt. Der Maßstab eines Nichtaktes ist sehr streng anzusetzen. Weckt ein Organ, das berechtigt ist, für den Rechtsträger zu handeln, den Anschein, dass ein anderes Organ gültig bestellt wurde, begründet dieser formelle Nichtakt jedenfalls Organverhalten. Dabei reicht es aus, dass (irgendein) gültig bestelltes Organ im Rahmen eines dem Rechtsträger an sich zurechenbaren Hoheitsaktes das den Anschein erweckende Verhalten setzt. Fehlt hingegen jeglicher äußerer Tatbestand, der auf eine rechtswirksame Bestellung schließen lässt, kann jedenfalls kein Organverhalten begründet werden.²⁶⁹

²⁶⁷ Vgl *Vrba-Zechner*, Amtshaftungsrecht (1983) 154.

²⁶⁸ Vgl *Vrba-Zechner*, Amtshaftungsrecht (1983) 155.

²⁶⁹ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 27.

12.3.5 Besondere Zurechnungsprobleme

12.3.5.1 Zurechnung des Organverhaltens an mehrere Rechtsträger

Es gilt der Grundsatz, dass das Organverhalten immer dem funktionellen Rechtsträger zuzurechnen ist. Das ist jener Rechtsträger, in dessen Vollzugsbereich das Organ gehandelt hat. Es ist durchaus denkbar, dass das Organverhalten mehreren Rechtsträgern zurechenbar ist. In diesem Fall haften beide Rechtsträger solidarisch mit Rückgriffsmöglichkeit untereinander (siehe Punkt 12.9.3). Ist keine besondere funktionelle Zuordnung möglich, kommt ebenfalls Solidarhaftung nach den allgemein Regeln des ABGB in Frage. Kein Kriterium für die Zuordnung ist die innere Gesinnung des Organs, es kommt vielmehr auf die äußeren Tatbestände (bzw den äußeren Anschein) und auch die abgegebenen Erklärungen des Organs an.²⁷⁰

12.3.5.2 Kompetenzanmaßung

Wenn ein Organ seine Zuständigkeit überschreitet, kann es zum Problem der Zurechnung zum Vollzugsbereich des Rechtsträgers kommen, wenn die Handlung funktionell nicht mehr in dessen Vollzugsbereich fällt. Dieser Umstand allein darf aber die Qualifikation der Handlung als Amtshandlung nicht ausschließen, ebensowenig die Zurechnung zum Rechtsträger.²⁷¹ Das rechtswidrige Verhalten des Organs ist gerade in der Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten und dem Fehlen einer materiellen Grundlage des Handelns zu sehen.²⁷²

12.4 Handeln in Vollziehung der Gesetze

12.4.1 Gesetzgebung und Vollziehung

Der Gesetzestext des § 1 Abs 2 AHG normiert ausdrücklich, dass ein Amtshaftungsanspruch nur entstehen kann, wenn das Organ in Vollziehung der Gesetze – Gerichtsbarkeit oder Verwaltung – tätig wird.²⁷³ Damit ist eine Haftung für Fehlverhalten im Bereich der gesetzgebenden Gewalt (legislatives Unrecht) ausgeschlossen.²⁷⁴

Die Frage der Abgrenzung zwischen Gesetzgebung und Vollziehung kann für Sachverständige insofern eine Rolle spielen, als Sachverständige in die Vorbereitung für Akte

²⁷⁰ OGH 20.5.1981, 1 Ob 14/81 = SZ 54/80; RIS-Justiz RS0050069.

²⁷¹ OGH 20.5.1981, 1 Ob 14/81 = SZ 54/80; vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 52.

²⁷² Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 52.

²⁷³ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.4/1.

²⁷⁴ Vgl *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht³ (1987) 440; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 675.

der Gesetzgebung eingebunden sind (zB Ausarbeitung eines Gesetzestextes durch ein Ministerium).²⁷⁵ Nach *Schrage* sind Hilfsdienste für den Gesetzgeber vom Anwendungsbereich des AHG jedenfalls ausgenommen.²⁷⁶ Nach der Meinung von *Vrba-Zechner* sind lediglich formelle Gesetzgebungsakte vom AHG ausgenommen, sodass für die Vorbereitung von Gesetzgeberakten sehr wohl Amtshaftung in Frage kommt.²⁷⁷ Der OGH hat im Zusammenhang mit der Bundesgesetzgebung judiziert, dass die Vorbereitung von Bundesgesetzen nicht in den Bereich der Vollziehung, sondern in den Bereich der Gesetzgebung fällt, sodass Schäden aus gemeinschaftsrechtswidrigen Gesetzesvorlagen keine Amtshaftungsansprüche auslösen können.²⁷⁸

12.4.2 Gerichtsbarkeit und Verwaltung

Tätigwerden in Vollziehung der Gesetze ist Voraussetzung für die Anwendung des Amtshaftungsrechts. Die Vollziehung umfasst die Gerichtsbarkeit und die Verwaltung. Für den Bereich der Gerichtsbarkeit gilt, dass die Gerichtstätigkeit an sich – die Ausübung der Rechtsprechung – stets hoheitlicher Natur ist.²⁷⁹ Unter hoheitliches Handeln der Gerichtsbehörden fällt auch die Tätigkeit bei Amtstagen; der Bereich der Justizverwaltung fällt hingegen in den Bereich der Verwaltung, sofern er nicht über die Sachmittelverwaltung hinausgeht.²⁸⁰

Der Bereich der Verwaltung umfasst die Hoheits- und die Privatwirtschaftsverwaltung. Amtshaftungsansprüche können nur im Bereich der Hoheitsverwaltung entstehen. Schäden, die jemandem im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung durch Organhandeln zugefügt werden, fallen in den Anwendungsbereich des Schadenersatzrechts des allgemeinen Zivilrechts; in Betracht kommen Vertrags- oder Deliktshaftung.²⁸¹ Die Unterscheidung, ob ein Akt der Hoheits- oder der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen ist, ist mitunter eine der schwierigsten Fragen im Amtshaftungsrecht und wird im nachfolgenden Kapitel behandelt.

²⁷⁵ Vgl *Kremser in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 7.042.

²⁷⁶ Vgl *Schrage*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 56.

²⁷⁷ Vgl *Vrba-Zechner*, Amtshaftungsrecht (1983) 48.

²⁷⁸ RIS-Justiz RS0119330; OGH 29.1.2008, 1 Ob 228/07x.

²⁷⁹ Vgl *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 29.

²⁸⁰ Vgl *Mader in Schwimann ABGB³ VII*, AHG § 1 Rz 23, 39.

²⁸¹ Vgl *Kucsko-Stadlmayer in Korinek/Holoubek*, B-VG II/1 Art 23 Rz 9.

12.4.3 Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung

12.4.3.1 Amtshaftung nur für Hoheitsverwaltung

Da Amtshaftungsansprüche nur im Bereich der Hoheitsverwaltung entstehen können, muss zunächst bei Vorliegen eines Schadens durch Organhandeln geprüft werden, ob das Organ hoheitlich tätig wurde. Anderenfalls kommt nur eine Haftung nach den Bestimmungen des ABGB in Betracht.

Die Abgrenzung zur Privatwirtschaftsverwaltung ist insofern schwierig, da es keine gesetzlichen Begriffsbestimmungen gibt, die anhand von festgelegten Kriterien die Abgrenzung im Einzelfall ermöglichen. Grundsätzlich kann gesagt werden, dass es dem Gesetzgeber vorbehalten ist, die Zuweisung eines Verwaltungshandelns zum Bereich der Hoheitsverwaltung oder der Privatwirtschaftsverwaltung durch Gesetz vorzunehmen. Jedes hoheitliche Handeln muss seine Legitimation im Gesetz finden, hierzu muss es eine aus dem Gesetz ableitbare Befugnis geben. Es gilt der Grundsatz, dass im Zweifel Privatwirtschaftsverwaltung anzunehmen ist.²⁸²

12.4.3.2 Formen der Hoheitsverwaltung

Für die Abgrenzung der Hoheits- von der Privatwirtschaftsverwaltung sind die Motive und der Zweck der Verwaltungstätigkeit nicht bedeutend, vielmehr kommt es darauf an, welche rechtstechnischen Mittel der Gesetzgeber zur Verwirklichung der zu erfüllenden Aufgaben vorgesehen hat.²⁸³ Diese Rsp des OGH geht auf die Rsp des VfGH zurück, derzufolge keine Hoheitsverwaltung, sondern Privatwirtschaftsverwaltung vorliegt, wenn der Gesetzgeber den Verwaltungsträger nicht mit Zwangsbefugnissen ausgestattet hat.²⁸⁴ Zu prüfen ist daher, welche rechtstechnischen Mittel die Gesetzgebung für die Verwirklichung der zu erfüllenden Aufgaben vorgesehen hat.²⁸⁵

Hoheitsverwaltung liegt stets dann vor, wenn der Gesetzgeber für die Erfüllung der Aufgabe die Rechtsform der Verordnung, des Bescheides oder der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt vorgesehen hat. Hat hingegen der Gesetzgeber keine bestimmte Rechtsform

²⁸² Vgl. *Kremser in Atlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 7.044f; vgl. auch *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 81.

²⁸³ RIS-Justiz RS0049882; OGH 13.7.1993, 4 Ob 82/93 mwN = SZ 66/84; 19.11.1999, 1 Ob 306/98a mwN = SZ 72/5.

²⁸⁴ VfGH 7.12.1994, B1424/94, G229/94 unter Hinweis auf VfSlg 3262/1957, 6084/1969.

²⁸⁵ VfSlg 3262/1957.

zur Verwirklichung der zu erfüllenden Aufgabe vorgesehen und bedient sich der Rechtsträger zulässigerweise jenen Rechtsformen, die auch den Rechtsunterworfenen zur Verfügung stehen – also insbesondere des Vertrages –, liegt im Zweifel Privatwirtschaftsverwaltung vor.²⁸⁶

Zahlreiche Tätigkeiten von Rechtsträgern gehören zum Kernbereich hoheitlicher Aufgaben und dienen der Erfüllung von typischen Staatsaufgaben. Die Erfüllung dieser Staatsaufgaben erfolgt teilweise gemäß den Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze durch Verwendung der gesetzlich zur Verfügung gestellten rechtstechnischen Mittel. Darüber hinaus gibt es aber auch zahlreiche Tätigkeiten, die ebenfalls zum Kernbereich staatlicher Aufgaben zählen, für welche aber gesetzlich keine rechtstechnischen Mittel zur Verfügung gestellt sind, die Tätigkeit aber als „an sich“ hoheitlich anerkannt ist. Dabei handelt es sich um typische Aufgaben des Staates, die in der Regel von Privaten nicht ausgeübt werden können oder dürfen und somit unabhängig von der Art ihrer Ausführung hoheitlich sind. Bspw ist die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft als an sich hoheitlich zu qualifizieren.²⁸⁷

Ebenfalls zum Bereich der Hoheitsverwaltung gehört die sog schlichte Hoheitsverwaltung. Dabei handelt es sich um Verwaltungshandeln, das selbst nicht normativer Art ist, aber jedenfalls in Zusammenhang mit der Hoheitsverwaltung erfolgt. Darunter werden vorbereitende, begleitende und durchführende Tätigkeiten verstanden.²⁸⁸ Damit diese Realakte auch als Hoheitsakte qualifiziert werden, muss ein hinreichend enger innerer und äußerer Zusammenhang mit einer ihrem Wesen nach hoheitlich zu vollziehenden Materie bestehen.²⁸⁹ Nach der Rsp des OGH werden, wenn eine einheitliche Aufgabe ihrem Wesen nach hoheitlicher Natur ist, auch alle damit im Zusammenhang stehenden Maßnahmen als in Vollziehung der Gesetze erfolgend angesehen, auch wenn sie vorbereitender oder abschließender Natur sind.²⁹⁰

12.4.3.3 Im Zweifel Privatwirtschaftsverwaltung

Die verfassungsrechtliche Grundlage der Privatwirtschaft für den Bereich des Bundes und der Länder ist Art 17 B-VG, für die Gemeinden Art 116 Abs 2 B-VG (vgl auch

²⁸⁶ Vgl *Kremser in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 7.046.

²⁸⁷ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 76.

²⁸⁸ Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 699 f.

²⁸⁹ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.4/7.

²⁹⁰ RIS-Justiz RS0049897; OGH 31.3.2009, 1 Ob 190/08k.

Art 104 Abs 2 BVG).²⁹¹ Es ist damit anerkannt, dass Rechtsträger auch Tätigkeiten ausüben können, die Private durchführen, um private Ziele zu verfolgen sowie dass Rechtsträgern zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben auch privatrechtliche Mittel zur Verfügung stehen. Wenn sich Rechtsträger für die Ausübung ihrer Aufgaben der Formen des Privatrechts bedienen, liegt Privatwirtschaftsverwaltung vor.²⁹² Nach der Rsp des VfGH ist im Zweifel Privatwirtschaftsverwaltung anzunehmen.²⁹³

12.4.3.4 Doppelfunktion von Organen

Da Organe oftmals sowohl hoheitlich als auch nicht-hoheitlich für den Rechtsträger tätig werden, ist es manchmal schwer, das Verhalten dem Bereich der Hoheits- oder der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen. In diesem Zusammenhang spricht man auch von der sog Doppelfunktion der Organe.²⁹⁴ Da es amtshaftungsrechtliche Ansprüche nur im Bereich der Hoheitsverwaltung gibt und der Rechtsschutz vor den Zivilgerichten im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zum Teil versagt (bspw ist es mitunter schwer, den Staat im Bereich der Daseinsvorsorge zum Vertragsabschluss zu zwingen), wird dieser Mangel im Rechtssystem durch die Doppelfunktion der Organe verstärkt. Sofern eine inhaltliche und zeitliche Abgrenzung nicht möglich ist, da das Organ sowohl im Bereich der Hoheitsverwaltung als auch der Privatwirtschaftsverwaltung tätig ist, ist der gesamte Akt dem Bereich der Hoheitsverwaltung zuzuordnen.²⁹⁵

12.5 Haftung „wem immer“

12.5.1 Schutzzweck der Norm

Gemäß § 1 Abs 1 AHG haften die Rechtsträger für den Schaden, den die als ihre Organe handelnden Personen „wem immer“ zugefügt haben. Der Ausdruck „wem immer“ ist dabei auf dieselbe Art und Weise zu verstehen wie der Ausdruck „jedermann“ in § 1295 Abs 1 ABGB.²⁹⁶ Ausgehend von der Lehre vom Schutzzweck²⁹⁷ der Norm ist dieser

²⁹¹ Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 561.

²⁹² Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 81.

²⁹³ VfSlg 7078/1973, 5395/1966, 3952/1961.

²⁹⁴ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 83; auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 563.

²⁹⁵ Vgl *Edlbacher*, Gerichtskommissär, ÖJZ 1988, 388 (390 f).

²⁹⁶ § 1295 Abs 1 Satz 1 ABGB lautet „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern;“, vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 130; OGH 15.12.1982, 1 Ob 35/82 = SZ 55/190; *Rebhahn*, Amtshaftung und Normzweck, JBl 1981, 512 (513).

Ausdruck einschränkend auszulegen.²⁹⁸ Würde man dem Wortlaut „jedermann“ bzw. „wem immer“ folgen, könnte nun wirklich jeder, der einen Schaden erleidet, einen Anspruch auf Ersatz des Schadens geltend machen. Entgegen dem Wortlaut des § 1295 Abs 1 ABGB, und damit auch des § 1 Abs 1 AHG, soll allerdings nur der unmittelbar Geschädigte anspruchsberechtigt sein. Im deliktischen Bereich muss also der Geschädigte vom persönlichen Schutzbereich der Norm umfasst sein. Im vertraglichen Bereich ist grundsätzlich nur der Vertragspartner vom Schutzzweck umfasst.²⁹⁹

Die Lehre vom Schutzzweck der Norm findet auch im Amtshaftungsrecht Anwendung, anderenfalls würde eine uferlose Haftung drohen.³⁰⁰ Ausgehend vom Schutzzweck ist auch im Amtshaftungsrecht grundsätzlich nur der unmittelbar durch eine Amtshandlung oder durch deren Unterlassung Geschädigte anspruchsberechtigt.³⁰¹ Ist also ein Schaden durch ein rechtswidriges Verhalten eines Organs eingetreten, welchen gerade die übertretene Verhaltensnorm nach ihrem Schutzzweck verhindern sollte, hat der Rechtsträger – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – für diesen Schaden zu haften.³⁰² Dabei ist ausreichend, wenn der Geschädigte vom Schutzzweck zumindest mitumfasst ist. Bei Vorliegen einer rechtlichen Sonderverbindung (zB Partei eines Verfahrens) zwischen dem Geschädigten und dem Rechtsträger wird der Geschädigte jedenfalls vom Schutzzweck umfasst sein. Auch wenn dem Geschädigten eine Verfahrensbeteiligung nur zustand und er tatsächlich dem Verfahren nicht zugezogen wurde, wird im Zweifel davon auszugehen sein, dass er vom Schutzzweck mitumfasst ist.³⁰³ Nach der Auffassung von *Balthasar* soll der Schutzzweck der einzelnen Verwaltungsnormen an das Erfordernis eines rechtlichen Interesses an der Verfahrensbeteiligung gem § 8 AVG geknüpft werden, anderenfalls soll es keinen Amtshaftungsanspruch geben.³⁰⁴ Damit könnte also ein Geschädigter, der nicht Partei- oder Beteiligtenstellung im Verwaltungsverfahren hat bzw hatte, keinen Amtshaftungsanspruch

²⁹⁷ Die Lehre vom Normzweck spielt im Schadenersatzrecht mehrfach eine Rolle: erstens muss die Norm gerade den Schutz des Geschädigten bezwecken (persönlicher Schutzbereich), zweitens muss der eingetretene Schaden vom Normzweck erfasst sein (gegenständlicher) und drittens muss sich gerade eine Gefahr verwirklicht haben, die die Norm verhindern wollte (modaler Schutzbereich). Vgl *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I³ (1997) 8/21 ff.

²⁹⁸ Vgl *Schragel*, *Amtshaftungsgesetz*³ (2003) § 1 Rz 130; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I³ (1997) 13/1.

²⁹⁹ Vgl *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I³ (1997) 13/1 f.

³⁰⁰ OGH 17.10.1995, 1 Ob 8/95 = SZ 68/191; 22.6.1993, 1 Ob 22/92 = SZ 66/77 = JBl 1993, 788; vgl auch *Posch*, *Rechtswidrigkeit, Verschulden und Schaden*, in: *Aicher/Funk*, *Sachverständige im Wirtschaftsleben* (1990) 149 (156); *Helmberg*, *Amtshaftung im Baurecht*, bbl 1998, 151 (155) mwN.

³⁰¹ Vgl *Schragel*, *Amtshaftungsgesetz*³ (2003) § 1 Rz 130.

³⁰² Vgl *Schragel*, *Amtshaftungsgesetz*³ (2003) § 1 Rz 130; *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht* II¹³ (2007) 316.

³⁰³ Vgl *Schragel*, *Amtshaftungsgesetz*³ (2003) § 1 Rz 130.

³⁰⁴ Vgl *Balthasar*, *Das subjektive (öffentliche) Recht im Amtshaftungsverfahren* (Teil I), *ÖJZ* 1998, 321 ff; *Balthasar*, *Das subjektive (öffentliche) Recht im Amtshaftungsverfahren* (Teil II), *ÖJZ* 1998, 334ff; *Schragel*, *Amtshaftungsgesetz*³ (2003) § 1 Rz 130.

geltend machen. Nach *Schragel* übersieht diese Ansicht, „dass die Verwaltungsvorschriften die Zahl der Verfahrensbeteiligten beschränken müssen und nicht alle potenziell Geschädigten an Verfahren beteiligen können. Viele Gesetze wollen eben viel mehr Personen und Interessen schützen, als sie Verfahrensbeteiligungen zulassen können. Das subjektive (öffentliche) Recht an einer Verfahrensbeteiligung kann daher nicht identisch mit dem Kreis allenfalls Anspruchsberechtigter im Amtshaftungsverfahren sein. *Schragel* pflichtet *Balthasar* nur insoweit bei, als man sorgfältig den Normzweck zu prüfen hat, wenn dem Geschädigten gegen einen unmittelbaren, privaten Schädiger Schadenersatzansprüche zustehen (bspw bei mangelnder Gefahrenabwehr im Anlagenrecht).³⁰⁵

Im konkreten Fall muss also geprüft werden, ob eine bestimmte Norm, die ein bestimmtes Verhalten eines Rechtsträgers fordert oder untersagt, dem Allgemeininteresse dient oder auch dem Interesse einzelner Betroffener. Ein allfälliges mittelbares Berühren von Interessen eines Einzelnen reicht dafür nicht aus (sog Reflexwirkung pflichtgemäßen Handelns). Nur wenn der Normzweck ausschließlich dem Interesse der Allgemeinheit dient, ist ein Amtshaftungsanspruch des Geschädigten ausgeschlossen. Hingegen kann es aber auch vorkommen, dass der Schutzzweck ein sehr weitreichender ist; das ist insbesondere dort der Fall, wo der Kreis der Betroffenen sehr weit und unbestimmt ist (insbesondere Konsumenten, von Umweltschäden Betroffene etc).³⁰⁶ Für die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruches ist die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts nach überwiegender Ansicht jedenfalls keine Voraussetzung.³⁰⁷ Auch bei Unterlassungen ist ein Amtshaftungsanspruch nicht von der Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts des Geschädigten abhängig, sondern nur davon, dass der Geschädigte vom Schutzzweck der Norm umfasst ist (Rechtswidrigkeitszusammenhang).³⁰⁸ Zum Schutzzweck der Norm siehe Punkt 12.5.1 sowie zum Schutzzweck der Verwaltungsmaterie am Beispiel des Baurechts siehe Punkt 12.10.5.

³⁰⁵ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 130.

³⁰⁶ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 130.

³⁰⁷ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 130; OGH 30.1.1980, 1 Ob 42/79 = SZ 53/12 = JBl 1981, 268 = EvBl 1980/200 S; 24.6.1992, 1 Ob 17/92; *Welser*, Amtshaftungsklage, JBl 1975, 225 (232 ff); *Rebhahn*, Amtshaftung und Normzweck, JBl 1981, 512 (512) mwN: *Rebhahn* verweist auf die hM und definiert als subjektives öffentliches Recht einen „als vor den Verwaltungsbehörden und Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes durchsetzbarer Rechtsanspruch, mag er auch nur die öffentlich-rechtliche „Einkleidung“ eines Privatrechts sein“; *Kerschner*, Amtshaftung statt Kundmachung? JBl 1984, 355 (358) mwN.

³⁰⁸ RIS-Justiz RS0049847.

Gegen die herrschende Meinung vom Schutzzweck der Norm im Amtshaftungsrecht wendet sich *Klecatsky*.³⁰⁹ Seiner Rechtsauffassung zufolge soll die Lehre vom Schutzzweck der Norm nur im Bereich der Privatautonomie des Einzelnen, der alles darf, was ihm die Rechtsordnung nicht verbietet, Anwendung finden. Der Schutzbereich im Verhältnis zwischen dem Staat und dem Einzelnen ist hingegen viel weitreichender. *Klecatsky* versteht unter dem Begriff „Schutznorm“ im Amtshaftungsrecht nämlich nicht eine einzelne Verwaltungsnorm, sondern „die für den demokratischen Rechtsstaat fundamentale Verfassungsnorm des Art 18 Abs 1 B-VG“.³¹⁰ Die gesamte Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeführt werden, sodass jedes schadenstiftende Organverhalten, das außerhalb von der Rechtsordnung steht, vom Schutzbereich des Art 18 Abs 1 B-VG umfasst ist und damit eine Haftung des Rechtsträgers begründet. Jegliches objektiv rechtswidrige, schadensverursachende Verhalten eines Organs würde somit ausreichen, um einen Amtshaftungsanspruch zu begründen, sofern der Kausalzusammenhang zwischen Organverhalten und eingetretenem Schaden gegeben ist.³¹¹ *Schragerl* kritisiert zu Recht, dass diese Auffassung, entgegen einer grundsätzlich anerkannten Ausschaltung der Ersatzfähigkeit von sog Drittschäden, die Ersatzfähigkeit derartiger Schäden zulassen würde. Die Ausartung der Amtshaftung wäre immens, sodass es im Ergebnis sowohl im allgemeinen Schadenersatzrecht als auch im Amtshaftungsrecht immer auf den Sinn und Zweck der verletzten Norm ankommen muss.³¹²

12.5.2 Der ausländische Amtshaftungskläger

Grundsätzlich können auch Ausländer Amtshaftungsansprüche nach dem AHG geltend machen. Wenn allerdings österreichische Staatsangehörige in einem fremden Staat derartige Ansprüche überhaupt nicht oder nicht unter den gleichen Bedingungen geltend machen können wie Angehörige des betreffenden Staates und wenn ihren Interessen auch nicht in anderer Weise durch den betreffenden Staat Rechnung getragen wird, können Amtshaftungsansprüche von Angehörigen des betreffenden Staates durch Verordnung der Bundesregierung ausgeschlossen werden (vgl § 7 AHG). *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer* spricht in diesem Zusammenhang vom Erfordernis *materieller Gegenseitigkeit*.³¹³ Hingegen

³⁰⁹ Vgl *Klecatsky*, Notwendige Entwicklungen des österreichischen Amtshaftungsrechts, JBl 1981, 113 ff.

³¹⁰ Art 18 Abs 1 B-VG normiert, dass die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf.

³¹¹ Vgl *Klecatsky*, Notwendige Entwicklungen des österreichischen Amtshaftungsrechts, JBl 1981, 113 (116 f).

³¹² Vgl *Schragerl*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 130; vgl auch RIS-Justiz RS0022638.

³¹³ Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) RZ 1287; ebenso *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht³ (1996) 767.

handelt es sich nach *Mader* um einen Grundsatz *formeller Gegenseitigkeit*.³¹⁴ Entgegen letzterer Kommentierung handelt es sich meines Erachtens um das Erfordernis *materieller Gegenseitigkeit*. Dafür spricht auch der Gesetzestext des § 7 AHG „...überhaupt nicht oder nicht unter den gleichen Bedingungen geltend machen können [...] und wenn ihren Interessen auch nicht in anderer Weise [...] Rechnungen getragen wird, ...“. Daraus ergibt sich, dass immer dann, wenn ein Österreicher im ausländischen Staat keinen Amtshaftungsanspruch hat – diesem Anspruch kann offensichtlich auf unterschiedliche Arten Rechnung getragen werden –, auch Österreich für Staatsangehörige dieses Staates Amtshaftung ausschließen kann. Die praktische Relevanz sei aber dahingestellt, bis dato wurde von dieser Verordnungsermächtigung noch kein Gebrauch gemacht. Vereinzelt gibt es auch Staatsverträge über die Gegenseitigkeit.³¹⁵ § 7 AHG findet auf Staatshaftungsansprüche von Unionsbürgern, welche unmittelbar auf Unionsrecht gründen, keine Anwendung.³¹⁶

12.6 Haftungsvoraussetzungen

12.6.1 Allgemeines

Nach § 1 Abs 1 AHG haften die genannten Rechtsträger nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben. Das Organ haftet dem Geschädigten selbst nicht. Der Schaden ist nur in Geld zu ersetzen.

Grundlegende Voraussetzungen für die Entstehung eines Amtshaftungsanspruches aufgrund fehlerhafter Sachverständigentätigkeit gegen den Rechtsträger sind somit das Vorliegen eines Schadens, rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Sachverständigen als Organ und ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden. Im Folgenden werden die einzelnen Haftungsvoraussetzungen näher beleuchtet.

12.6.2 Haftung nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts

Bei der Bestimmung des § 1 Abs 1 AHG handelt es sich um eine Gesamtverweisung auf das bürgerliche Recht, sodass Amtshaftung grundsätzlich nach den Bestimmungen des

³¹⁴ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 7 AHG Rz 1.

³¹⁵ Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) RZ 1287 FN 28: StV mit der BRD (BGBl 1979/120) und der Schweiz (BGBl 1981/424).

³¹⁶ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 7 AHG Rz 1.

bürgerlichen Rechts zu beurteilen ist, vorbehaltlich der Sonderbestimmungen im Amtshaftungsgesetz. Das AHG enthält einige wenige materiellrechtliche Sonderregeln (zB dass der Ersatz gem § 1 Abs 1 letzter Satz AHG nur in Geld zu ersetzen ist und dass nur für Schäden am Vermögen und an Personen gehaftet wird). In § 1 Abs 1 AHG werden als Haftungsvoraussetzungen Rechtswidrigkeit und Verschulden genannt, folglich ist Amtshaftung grundsätzlich eine Verschuldenshaftung. Für unverschuldetes Verhalten gibt es in aller Regel keinen Amtshaftungsanspruch.³¹⁷ Nach der Rsp des OGH ist durch die Einfügung des Wortes "schuldhaft" eindeutig klargestellt, dass Amtshaftung nach Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, die kein Verschulden voraussetzen, grundsätzlich – soweit nicht durch Gesetz ausdrücklich etwas anderes angeordnet ist – nicht in Frage kommt.³¹⁸

12.6.3 Schaden

Nach § 1 Abs 1 AHG wird im Amtshaftungsrecht nur für Schäden am Vermögen oder an Personen gehaftet. Ein Teil der Lehre legt diese Bestimmung dahingehend aus, dass das Amtshaftungsrecht nur Ersatz für jene Schäden vorsieht, die im ABGB unter der Bezeichnung des Schadenersatzes „bei Verletzungen an dem Körper“ (§§ 1325 ff ABGB) und „an dem Vermögen“ (§§ 1331 ff ABGB) geregelt sind. Ausgeschlossen ist nach § 1 Abs 1 AHG Schadenersatz bei Verletzungen „an der persönlichen Freiheit“ (§ 1329 ABGB) und „an der Ehre“ (§ 1330 ABGB).³¹⁹ *Loebenstein-Kaniak* leiten aus § 1 Abs 1 AHG (spricht von „Schaden am Vermögen und an der Person“) ab, dass das AHG nicht auf die Definition des § 1293 ABGB (spricht hingegen von „Nachteil“) verweist, sodass die Bestimmungen über die Haftung für den Schaden an der persönlichen Freiheit und an der Ehre unanwenbar sind.³²⁰ *Koziol* sieht in diesem Formulierungsunterschied allerdings keinen sachlichen Unterschied, zumal „Schaden“ und „Nachteil“ jedenfalls gleichbedeutend sind. Für *Koziol* gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass unter „Schaden an der Person“ iSd § 1 Abs 1 AHG nur reine

³¹⁷ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII § 1 AHG Rz 16, 67: Das Erfordernis des Verschuldens ist insofern als modifiziert zu betrachten, als es dabei in aller Regel auf eine rein objektive Vorwerfbarkeit Organsverhaltens ankommt und zumeist nicht auf die subjektive Vorwerfbarkeit, zumal nach § 2 Abs 1 AHG ein bestimmtes Organ im Verfahren nicht genannt werden muss (vgl auch *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 156; *Posch*, Rechtswidrigkeit, Verschulden und Schaden, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 149 (161 ff)).

³¹⁸ OGH 10.2.1988, 1 Ob 3/88.

³¹⁹ Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 1291: Da Art 23 Abs 1 B-VG vom Ersatz des „Schadens“ spricht, erachten die Autoren die Einschränkung der Haftung in § 1 Abs 1 AHG auf „Schaden am Vermögen und an den Person“ als verfassungswidrig. Zum verfassungsrechtlich bedenklichen Wortlaut siehe auch OGH 26.6.1991, 1 Ob 11/91 = SZ 64/85 = JBl 1992, 122 = ÖBl 1992, 12 = MR 1992, 152.

³²⁰ Vgl *Loebenstein-Kaniak*, Amtshaftungsgesetz (1951) 66 f.

Körperschäden zu subsumieren seien. Vielmehr ist aus der Bestimmung abzuleiten, dass neben Schäden am Vermögen und Schäden am Körper, auch Schäden an der persönlichen Freiheit und an der Ehre zu ersetzen sind, da Ehre und Freiheit ebenso wie die körperliche Unversehrtheit Persönlichkeitsrechte sind.³²¹ Die Auffassung, wonach Rechtsträger für Verletzungen der Freiheit oder der Ehre durch hoheitliches Verhalten ihrer Organe nicht zu haften haben, entspricht nach *Schragl* zwar den Materialien zum AHG³²², allerdings ist diese Auffassung spätestens mit Inkrafttreten der Europäischen Menschenrechtskonvention als überholt anzusehen.³²³ Die Ersatzfähigkeit von Schäden an der persönlichen Freiheit und an der Ehre entspricht auch der Rsp des OGH.³²⁴

Eine Definition des Schadensbegriffs findet sich im AHG allerdings nicht, sodass die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts heranzuziehen sind. Primäre Funktion des Schadenersatzrechts ist die Ausgleichsfunktion. Der Geschädigte ist daher so zu stellen, wie er ohne schuldhaftes Verhalten gestellt wäre.³²⁵ § 1293 ABGB definiert den Schaden als jenen Nachteil, der jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der entgangene Gewinn, den jemand nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten hat. Die Definition des § 1293 ABGB erfasst sowohl Vermögensschäden, also die Beeinträchtigung geldwerter Güter, als auch Nachteile an einem ideellen Gut (zB Gesundheit, Leben, geschäftlicher Ruf). Grundsätzlich steht Ersatz von ideellen Schäden nur bei grobem Verschulden nach §§ 1323, 1324 ABGB zu. Immaterielle Schäden können auch einen Vermögensschaden nach sich ziehen (zB Heilungskosten, Geschäftsrückgang).³²⁶ Das ABGB geht von einem gegliederten Schadensbegriff aus und unterscheidet beim Vermögensschaden zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn. Nur bei grobem Verschulden (grobe Fahrlässigkeit, Verschulden) steht neben dem positiven Schaden auch Ersatz für den entgangenen Gewinn zu.³²⁷

Positiver Schaden liegt bei der Beeinträchtigung eines schon vorhandenen Vermögensgutes (zB Zerstörung einer Sache), entgangener Gewinn bei der Verhinderung einer

³²¹ Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht II² (1984) 381 mwN.

³²² AB 515 BlgNR 5. GP

³²³ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 169.

³²⁴ RIS-Justiz RS0049896; OGH 26.6.1991, 1 Ob 11/91 = SZ 64/85 = JBl 1992, 122 = ÖBl 1992, 12 = MR 1992, 152.

³²⁵ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 167 unter Hinweis auf *Koziol*, Schadenersatzrecht (2010) 5/1 (Ausgleichsfunktion).

³²⁶ Vgl *Reischauer* in *Rummel*³ § 1293 ABGB Rz 2.

³²⁷ Vgl *Karner* in *KBB*, ABGB³ (2010) § 1293 Rz 2, 3.

Vermögensvermehrung vor.³²⁸ Es handelt sich dabei um bloße Gewinnaussichten, die nach dem gewöhnlicher Lauf der Dinge zu erwarten sind, aber nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten werden.³²⁹ Die Abgrenzung kann mitunter Schwierigkeiten bereiten.

Ein bloßer Vermögensschaden ist im Bereich des Amtshaftungsrechts gleich den allgemeinen Regeln über den Ersatz bloßer Vermögensschäden nur in Ausnahmefällen ersatzfähig.³³⁰

12.6.4 Umfang des Ersatzes

Das AHG enthält hinsichtlich des Umfanges des zu leistenden Ersatzes keine Sonderregel, sodass § 1324 ABGB anzuwenden ist.³³¹ Der Umfang des Schadenersatzes richtet sich daher nach dem Grad des Verschuldens des handelnden Organs. Bei leichter Fahrlässigkeit hat der Rechtsträger den positiven Schaden zu ersetzen, bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz auch den entgangenen Gewinn.³³²

Der positive Schaden wird gemäß § 1332 ABGB nach dem gemeinen Wert der zerstörten Sache berechnet. Ausschlaggebend ist der Verkehrswert, sodass man von abstrakter Schadensberechnung spricht. Ist hingegen auch der entgangene Gewinn zu ersetzen, ist der Geschädigte unter Berücksichtigung seines Gesamtvermögens so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stehen würde, sodass es auf die subjektiven Verhältnisse des Geschädigten ankommt. Es handelt sich somit um eine konkrete Schadensberechnung.³³³

³²⁸ Vgl Karner in *KBB*, ABGB³ (2010) § 1293 Rz 4.

³²⁹ RIS-Justiz RS0111898.

³³⁰ Zum Schutz des bloßen Vermögens vgl *Reischauer in Rummel*³, § 1332 ABGB Rz 24: Grundsätzlich gebührt kein Ersatz für Schäden am bloßen Vermögen. Vermögen ist nur geschützt, wenn es sich dabei um die Verletzung eines absoluten Rechtsguts bzw um Folgeschäden aus der Verletzung eines absoluten Rechtsgutes handelt. Bloße Vermögensschäden sind dann ersatzfähig, wenn ein Schutzgesetz den Schutz bloßen Vermögens vorsieht, weiters bei Vertragsverletzungen sowie culpa in contrahendo, bei Verletzung sonstiger Verhaltenspflichten, die das bloße Vermögen schützen (vgl § 1300 ABGB) sowie bei vorsätzlich, sittenwidriger Schädigung.

³³¹ Nach § 1324 ABGB ist der Beschädigte in dem Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens volle Genugtuung, in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt. Nach der Ansicht von *Koziol (Koziol, Haftpflichtrecht II*² (1984) 381) versagt das Kriterium des Organverschuldens, da das Organ nicht unbedingt Verschulden treffen muss, um eine Ersatzpflicht des Rechtsträgers zu begründen. Ähnlich wie bei der Gehilfenhaftung ist danach zu fragen, „in welchem Maß das Verhalten den objektiv geforderten Sorgfaltsanspannungen widersprochen hat.“

³³² Vgl *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 39; RIS-Justiz RS0080272, RS0030052; OGH 17.10.1995, 1 Ob 20/94 = SZ 68/189.

³³³ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 323, 324; OGH 17.10.1995, 1 Ob 20/94 = SZ 68/189 (bei leichter Fahrlässigkeit objektiv-abstrakte Schadensberechnung, dh ohne Rücksichtnahme auf die subjektiven Verhältnisse des Geschädigten).

12.6.5 Art des Ersatzes

Durch die besondere Anordnung in § 1 Abs 1 letzter Satz AHG, dass der Schaden nur in Geld zu ersetzt ist, sind nach der Rsp Begehren, die auf Unterlassung oder auf Wiederherstellung gerichtet sind, grundsätzlich ausgeschlossen.³³⁴ Nach der Rsp kann daher ein Amtshaftungsanspruch gem § 1 Abs 1 AHG nur auf Leistung von Geldersatz bzw Feststellung eines noch nicht bezifferbaren Schadens gerichtet werden.³³⁵ Der Zweck des Ausschlusses der Naturalrestitution ist darin zu sehen, dass Gerichte den Organen der Vollziehung kein bestimmtes Handeln vorschreiben dürfen, sodass ebenso wenig ein Folgebeseitigungsanspruch begehrt werden kann.³³⁶

Krejci kritisiert den bloßen Geldersatz, da durchaus Fälle denkbar sind, in denen Naturalrestitution möglich und auch geboten sein kann, insbesondere wenn der Schaden durch entsprechende Behördenmaßnahmen wieder beseitigt werden kann.³³⁷ Gegen diese Meinung kann gehalten werden, dass es abseits des Amtshaftungsrechts ohnehin Ansprüche gegen den Staat gibt, die Naturalrestitution erlauben (siehe sogleich). Zweifelsohne gibt es durchaus auch im Amtshaftungsrecht Fälle, in denen Naturalrestitution geboten scheint, insbesondere wenn die Schadensbeseitigung sowohl praktikabler als auch ökonomischer wäre.

Unabhängig von Amtshaftungsansprüchen können Restitutionspflichten des Staates entstehen, wenn ein Bürger durch ein hoheitliches rechtswidriges Verhalten in seinen Vermögensrechten beeinträchtigt wurde. Dazu zählt bspw ein verschuldensunabhängiger Folgebeseitigungsanspruch in Verbindung mit § 87 Abs 2 VfGG und § 63 Abs 1 VwGG. Diesen Bestimmungen zufolge sind, wenn der VfGH oder der VwGH einer Beschwerde stattgegeben hat, die Verwaltungsbehörden verpflichtet, mit den ihnen gebotenen Mitteln unverzüglich jenen Rechtszustand herzustellen, welcher der Rechtsanschauung des Höchstgerichts entspricht (vgl § 87 Abs 2 VfGG und § 63 Abs 1 VwGG). Dabei kann es sich um die Erlassung eines Ersatzbescheides oder ein faktisches Handeln handeln. Aus diesen

³³⁴ RIS-Justiz RS0049906. Zum Ausschluss von Widerrufs- und Unterlassungsklagen im Amtshaftungsrecht siehe OGH 19.1.1999, 1 Ob 306/98a mwN = SZ 72/5. § 1 Abs 1 AHG normiert entgegen dem allgemeinen Prinzip der Naturalherstellung (vgl § 1323 ABGB: Zurückversetzung in den vorigen Stand) ausdrücklich, dass Ersatz nur in Geld zu leisten ist.

³³⁵ OGH 15.9.1992, 1 Ob 27/92; OGH 26.6.2001, 1 Ob 154/01f.

³³⁶ Vgl *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 39 mwN.

³³⁷ Vgl *Krejci*, Amtshaftung, in: *Aicher* (Hrsg), Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 97 (115).

Bestimmungen wird ein subjektives Recht abgeleitet, welches nach Ansicht des VfGH mit einer Klage nach Art 137 B-VG durchzusetzen ist.³³⁸

12.6.6 Verhalten eines Organs eines Rechtsträgers

§ 1 Abs 1 AHG verlangt ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Organs als notwendige Voraussetzung für einen Amtshaftungsanspruch. Dieses Verhalten kann sowohl in einer Handlung als auch in einer Unterlassung liegen.³³⁹ Nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen (vgl § 1394 ABGB) ist die Unterlassung der Handlung gleichgestellt. Da keine allgemeine Schadensverhinderungspflicht besteht, muss die Unterlassung rechtswidrig und der entsprechende Rechtswidrigkeitszusammenhang gegeben sein, um eine Ersatzpflicht zu begründen.³⁴⁰

12.6.7 Kausalität des Organverhaltens

Grundsätzlich gelten im Amtshaftungsrecht dieselben Grundsätze wie im allgemeinen Schadenersatzrecht. So muss auch im Bereich des Amtshaftungsrechts ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Verhalten des Organs und dem eingetretenen Schaden bestehen.³⁴¹ Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem schädigenden Verhalten des Organs und dem eingetretenen Schaden besteht dann, wenn das Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass dann auch der Erfolg entfielen. Man spricht von der sog Äquivalenztheorie (Bedingungstheorie). Ein Tun oder ein Unterlassen kann mit Hilfe dieser Theorie gleichwohl geprüft werden.³⁴² Unterlassungen sind nur dann kausal für den eingetretenen Schaden, wenn pflichtgemäßes Handeln dazu geeignet gewesen wäre, den Schaden abzuwenden, und wenn die Gefahrenabwehr auch möglich gewesen wäre.³⁴³

Damit die Haftung nicht ausufert, wird eine Haftungsgrenze dahingehend gezogen, dass nur für adäquate Folgen gehaftet wird. Das Schadensereignis darf seiner Natur nach nicht völlig ungeeignet erscheinen, um einen Schaden wie den eingetretenen herbeizuführen. Weiters darf

³³⁸ VfSlg 2046/1950. Zu Restitutionsansprüchen vgl *Aicher*, System, in: *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 1 (13ff). Zum Folgebeseitigungsanspruch vgl auch *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 1339 f.

³³⁹ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 43.

³⁴⁰ Vgl *Karner* in *KBB*, ABGB³ (2010) § 1294 Rz 1, 6.

³⁴¹ Vgl *Vrba-Zechner*, Amtshaftungsrecht (1983) 161.

³⁴² Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 309.

³⁴³ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 45.

der Schaden nicht auf eine ganz außergewöhnliche Verkettung von Umständen zurückzuführen sein.³⁴⁴

12.6.7.1 Beweislast

Nach allgemeinem Schadenersatzrecht obliegt die Beweislast für das kausale Verhalten des Organs dem Geschädigten.³⁴⁵ Dabei genügt häufig der Beweis des ersten Anscheins.³⁴⁶ Als Beweismaß ist nach *Koziol* nicht „eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit zu fordern, sondern bloß ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit“.³⁴⁷ Da diese allgemeine Beweislastregel auch im Bereich des Amtshaftungsrechts Anwendung findet, hat auch der Amtshaftungskläger in seiner Klage zu behaupten (und folglich im Verfahren zu beweisen), dass ihm ein in Geld bezifferbarer Schaden durch ein bestimmtes rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten eines Organs des in Anspruch genommenen Rechtsträgers entstanden ist. Es obliegt somit dem Amtshaftungskläger – den allgemeinen Regeln der Beweislast entsprechend – den Kausalzusammenhang zwischen dem haftungsbegründenden Verhalten und dem eingetretenen Schaden nachzuweisen.³⁴⁸

Anders ist die Beweislast – sowohl nach allgemeinem Schadenersatzrecht als auch im Amtshaftungsrecht – verteilt, wenn es sich um eine Schutzgesetzverletzung iSd § 1311 Satz 2 ABGB³⁴⁹ handelt, da in diesem Fall die kausale Verursachung vermutet wird. Der Geschädigte hat bei Vorliegen einer Schutzgesetzverletzung den Schaden und die übertretene Norm nachzuweisen, der „strenge Nachweis des Kausalzusammenhanges“ entfällt

³⁴⁴ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 311.

³⁴⁵ Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 16/11 mwN.

³⁴⁶ Der Beweis des ersten Anscheins (Prima-Facie-Beweis) bedeutet eine Beweiserleichterung, insbesondere für den Nachweis der Kausalität und des Verschuldens. Der Anscheinsbeweis gilt als erbracht, wenn sich auf Grund von Erfahrungssätzen die zu beweisenden Tatsachen aus anderen, bereits bewiesenen Tatsachen ergeben. Damit soll bestimmten, typischen Geschehensabläufen Rechnung getragen werden. Überwiegend wird vertreten, dass der Anscheinsbeweis zur Beweiswürdigung gehört. Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 16/2 mwN; vgl auch *Karner in KBB*, ABGB³ (2010) § 1296 Rz 3 f.

³⁴⁷ Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 16/11 mwN.

³⁴⁸ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.11/1; entspricht der ständigen Rsp des OGH RIS-Justiz RS0022469; RS0022686; OGH 25.8.1993, 1 Ob 10/93.

³⁴⁹ Unter Schutzgesetzen versteht man Normen, die ein abstraktes Gefährdungsverbot beinhalten und dem Schutz der Rechtsgüter bestimmter Personen oder Personengruppen dienen sollen. Dabei soll nur für jene Schäden gehaftet werden, die gerade das Schutzgesetz verhindern sollte. Ausschlaggebend ist, ob der Schutz des Einzelnen vom Schutzzweck der Norm erfasst ist oder ob die Norm bloß Allgemeininteressen dienen will. In letzterem Fall ist das Vorliegen eines Schutzgesetzes zu verneinen. Als Schutzgesetze kommen neben Gesetzen im staatsrechtlichen Sinn auch Verordnungen oder generelle und individuelle hoheitliche Anordnungen in Betracht (bspw ein Bescheid kann Schutzgesetzcharakter entfalten). Schutzgesetze können somit auch im Bereich des Amtshaftungsrechts eine Rolle spielen, wenn die übertretene Norm gerade den Zweck hatte, den eingetretenen Schaden des Geschädigten zu verhindern. Vgl *Harrer in Schwimann*, ABGB³ VI (2005) § 1311 ABGB Rz 6 ff, 30.

allerdings.³⁵⁰ Der OGH³⁵¹ und ein Teil der Lehre wendet die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB auch bei der Verletzung von Schutzgesetzen an.³⁵² § 1298 ABGB normiert bei Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Verbindlichkeiten eine Beweislastumkehr. Der Schädiger hat somit zu beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft. Nach *Koziol* fehlt es allerdings, als notwendige Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1298 ABGB, an einer vor der Schädigung bestehenden rechtlichen Sonderbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigten. Auch für den Beweis des Verschuldens ist kein Grund für eine generelle Beweislastumkehr zu erkennen. Darüber hinaus ist kein Grund ersichtlich, welcher eine Verschiedenbehandlung der Verletzung von Schutzgesetzen (als konkretisierte Verhaltensnormen zum Schutz absoluter Rechte) und sonstigen deliktischen Ansprüchen rechtfertigen würde.³⁵³ Zusätzlich muss der Geschädigte im Falle einer Unterlassung beweisen, dass bei gebotenem Handeln des Organs der Schaden nicht eingetreten wäre.³⁵⁴

Für das Amtshaftungsrecht hat das zur Folge, dass der Amtshaftungskläger, der seinen Anspruch auf eine Schutzgesetzverletzung stützt, nur den Schadenseintritt und die Übertretung der Schutznorm durch das Organ zu beweisen hat. Es entfällt somit im Bereich des Amtshaftungsrechts der strikte Nachweis des Kausalzusammenhanges, weil nach der Rsp des OGH „die Kausalität der in der Missachtung der Norm liegenden Pflichtwidrigkeit für die Schadensfolgen, deren Eintritt das Schutzgesetz gerade (auch) zu verhindern bestimmt ist, vermutet wird“.³⁵⁵

Besteht die Schadensursache in einer Unterlassung, hat der beklagte Rechtsträger zu beweisen, dass die zur Verhütung des Schadens erforderlichen Vorkehrungen getroffen wurden. Steht die Schutzgesetzverletzung fest, kann sich der beklagte Rechtsträger der geltend gemachten Haftung nur dadurch entziehen, indem er das mangelnde Verschulden an der Übertretung der Norm beweist oder die Kausalität der Pflichtwidrigkeit „ernstlich zweifelhaft macht“ und damit den belastenden Anscheinsbeweis außer Kraft setzt.³⁵⁶

³⁵⁰ Vgl *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ VI (2005) § 1311 ABGB Rz 35.

³⁵¹ Vgl aus der ständigen Rsp OGH 12.12.1996, 2 Ob 2423/96d; OGH 29.5.2000, 7 Ob 82/00k = ZVR 2001/17; vgl aus der älteren Rsp OGH 6.7.1978, 2 Ob 5/78 = SZ 51/109; 11.6.1981, 7 Ob 555/81 = SZ 54/92; 21.9.1983, 1 Ob 29/83 = SZ 56/134 = ZVR 1984/256; 25.1.1984, 1 Ob 42/83 = SZ 57/16 = EvBl 1984/130 = ZVR 1985/68; 16.1.1991, 1 Ob 39/90 = SZ 64/3 = JBl 1991, 580 (*Kerschner*); 22.10.1991, 4 Ob 546/91 = SZ 64/143 = EvBl 1992/43 S 193 = RdW 1992, 77 = ÖBA 1992, 568 (*Nowotny*) = WBl 1992, 128 = eolex 1992, 240 f.

³⁵² Vgl *Karner* in *KBB*, ABGB³ (2010) § 1298 Rz 4 mwN.

³⁵³ Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 16/40.

³⁵⁴ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 45.

³⁵⁵ OGH 28.3.2000, 1 Ob 9/00f mwN = JBl 2000, 732 = MietSlg 52.815 = MietSlg 52.818. Vgl auch *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.11/1.

³⁵⁶ OGH 29.8.1995, 1 Ob 39/95 = JBl 1996, 35; vgl *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO³, Vor § 266 Rz 22 mwN.

12.6.8 Rechtswidrigkeit des Organverhaltens

Damit dem Geschädigten ein Amtshaftungsanspruch aufgrund der Tätigkeit des Sachverständigen zusteht, muss dieser schuldhaft und rechtswidrig gehandelt haben. Nach allgemeinen Grundsätzen ist ein Verhalten immer dann rechtswidrig, wenn es objektiv sorgfaltswidrig ist. Maßstab für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit ist die gesamte Rechtsordnung.³⁵⁷ Um einen Amtshaftungsanspruch zu begründen, muss also das Verhalten des Organs gegen Verbote oder Gebote der Rechtsordnung verstoßen.³⁵⁸ Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens kann sich sowohl aus dem Verstoß gegen materiell- und verfahrensrechtliche Bestimmungen als auch aus der Verletzung von öffentlich- und privatrechtlichen Vorschriften, deren Normzweck der Schutz von Rechtsgütern ist, ergeben. Teil der Rechtsordnung sind aber auch die guten Sitten (§ 1295 Abs 2 ABGB) und die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7 ABGB).³⁵⁹ Rechtswidrigkeit kann sich auch aus der Überschreitung von Befugnissen ergeben.³⁶⁰ Obsolet ist mittlerweile jene Auffassung, wonach der Geschädigte im Falle einer Unterlassung nur dann einen Amtshaftungsanspruch hat, wenn ein subjektives Recht auf ein bestimmtes Verhalten des untätig gebliebenen Organs besteht.³⁶¹

Eine Unterlassung ist dann rechtswidrig, wenn eine besondere gesetzliche Pflicht zu positivem Handeln gegenüber dem Geschädigten besteht. Ein subjektiv-öffentliches Recht auf gesetzmäßige Führung der Verwaltung besteht allerdings nicht. Neben besonders normierten Handlungspflichten ist an Entscheidungs- und Manuduktionspflichten sowie Aufsichtspflichten zu denken.³⁶²

Neben der Rechtswidrigkeit ist auch das Vorliegen eines Rechtswidrigkeitszusammenhanges gefordert. Somit ist auch für den Bereich des Amtshaftungsrechts der nach allgemeinem Schadenersatz relevante Schutzzweck der Norm zu beachten. Die negative Konsequenz wäre eine uferlose Ausartung der Haftung für jeden erdenklichen Schaden. Der Schutzzweck der Norm muss gerade in der Vermeidung des eingetretenen Schadens liegen, anderenfalls mangelt es am notwendigen Rechtswidrigkeitszusammenhang. Es ist zu prüfen, ob die

³⁵⁷ Vgl *Karner* in *KBB*, ABGB³ (2010) § 1294 Rz 4.

³⁵⁸ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 142.

³⁵⁹ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 48; *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 142.

³⁶⁰ Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 1333.

³⁶¹ Vgl *Posch*, Rechtswidrigkeit, Verschulden und Schaden, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 149 (153, 155).

³⁶² Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 53 ff: zB Unterlassung geeigneter Maßnahmen im Rahmen der Bankenaufsicht, Unterlassung der Nachprüfung von erteilten Auflagen im gewerberechtlichen Betriebsanlagenverfahren, Unterlassung der Untersagung von Bauarbeiten ohne Baubewilligung.

übertretene Norm nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen wurde oder ob auch der Schutz einzelner Betroffener beabsichtigt ist. In letzterem Fall ist weiters zu prüfen, ob von deren Rechtsgütern alle oder nur einzelne in den Schutzbereich einbezogen sind, da die Norm gerade die Hintanhaltung des eingetretenen Schadens intendiert haben muss. Die mittelbare Berührung einer im Allgemeininteresse stehenden Amtshandlung führt für sich zu keinem Amtshaftungsanspruch (bloße Reflexwirkung). Ebenso scheiden Handlungen, die gar nicht nach außen treten, für einen Amtshaftungsanspruch aus (zB rein interne Handlungen).³⁶³ Der Schutzbereich ist durch Auslegung zu ermitteln. Nach der Rsp des OGH geht im Verwaltungsverfahren der Schutzbereich über die unmittelbar betroffenen Personen (Kriterium ist die Parteistellung) selten hinaus.³⁶⁴

Eine Haftung entfällt hingegen, wenn bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Schaden auch herbeigeführt worden wäre.³⁶⁵ Der Rechtsträger hat für das rechtswidrige Verhalten des Organs dann nicht zu haften, wenn der Schaden auch bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre. Dieser Nachweis obliegt dem Rechtsträger und befreit diesen von der Haftung, wenn der Schaden auch bei einer rechtmäßigen Verhaltensweise nicht verhindert hätte werden können.³⁶⁶ Probleme wirft die Frage nach dem rechtmäßigen Alternativverhalten immer dann auf, wenn mehrere Arten von Alternativverhalten möglich gewesen wären und von diesen möglichen Maßnahmen zumindest *eine* nicht schadensverhindernd gewesen wäre. Der Geschädigte soll aber nicht jenes Alternativverhalten als Vergleichsbasis heranziehen dürfen, welche das nachträglich gesehen geeignetste Verhalten gewesen wäre, vielmehr kann sich der Rechtsträger darauf berufen, „dass mehrere rechtmäßige Verhaltensweisen in Betracht gekommen wären und eine davon den Schadenseintritt ebenfalls nicht verhindert hätte.“³⁶⁷ Diese Betrachtungsweise ist insofern als problematisch anzusehen, als der Rechtsträger durch Aufzeigen einer hypothetischen Möglichkeit sich von einer Haftung befreien könnte. Darüber hinaus kommt dem Rechtsäger im Amtshaftungsverfahren weiters zugute, dass auch ein anderes Organ als das, das rechtswidrig die Handlung nicht gesetzt hat, das rechtmäßige

³⁶³ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 130 mwN; vgl auch *Helmbert*, Amtshaftung im Baurecht, bbl 1998, 151 (155) mwN.

³⁶⁴ Vgl *Mader* in *Schwimmann*, ABGB3 VII (2005) § 1 AHG Rz 60; OGH 8.10.2002, 1 Ob 313/01p; Rsp zum geschützten Personenkreis im Raumordnungsrecht: OGH 28.2.2003, 1 Ob 148/02z (bloß Liegenschaftseigentümer bzw. deren Rechtsnachfolger von Schutzzweck der Raumordnungsgesetze erfasst)

³⁶⁵ Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 8/60; In der sog „Glashaus-Entscheidung“ hat der OGH klar gestellt, dass der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens grundsätzlich auch im Bereich des Amtshaftungsrechts zu beachten ist. Vgl OGH 15.7.1981, 1 Ob 35/80 = SZ 54/108 = JBl 1982, 259 = EvBl 1981, 208; Hinweis auf diese Jud in *Posch*, Rechtswidrigkeit, Verschulden und Schaden, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 149 (157).

³⁶⁶ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 155; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 8/60 ff.

³⁶⁷ Vgl *Koziol*, Glosse zu OGH 14.12.1979, 1 Ob 36/79 = JBl 1980, 541.

Verhalten setzen hätte können. Nach *Schragel* muss daher verlangt werden, „dass bei Handeln in Vollziehung der Gesetze die Organe nicht nur eine der möglichen Handlungen, sondern die richtige, den Schaden vermeidende zu setzen haben. Kann der zu einem Schaden verhütenden Handeln verpflichtete Rechtsträger nicht beweisen, dass seine Organe die in Betracht kommenden Maßnahmen auch getroffen haben, muss die Rechtswidrigkeit der Unterlassung angenommen werden, sodass sich der Rechtsträger von seiner Haftung nur befreien kann, wenn er das mangelnde Verschulden seiner Organe beweist oder die Kausalität der Pflichtwidrigkeit ernstlich zweifelhaft macht.“³⁶⁸ Nach *Rebhahn* wird durch diese Ansicht der Normzweck überspannt. Der Rechtsträger müsse jenes Verhalten einwenden können, das nach der Behördenpraxis am wahrscheinlichsten ist, sodass unübliches Verhalten auszuklammern ist. Dabei muss aber beachtet werden, dass ein grundloses Abweichen von der Behördenpraxis wohl auch rechtswidrig wäre und schon deshalb außen vor bleiben muss.³⁶⁹

Durch das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen kann die Rechtswidrigkeit von Organhandeln ausgeschlossen werden (zB Notwehr, Notstand). Die Rechtfertigungsgründe richten sich nach den allgemeinen Regeln, ebenso obliegt die Beweislast demjenigen, der sich auf einen Rechtfertigungsgrund beruft (im Amtshaftungsverfahren somit dem Rechtsträger).³⁷⁰

12.6.8.1 Beweislast

Der Amtshaftungskläger hat die Rechtsverletzung durch ein Organ des beklagten Rechtsträgers zu beweisen. Ist dieser Beweis gelungen, obliegt es dem Rechtsträger zu beweisen, dass das für ihn handelnde Organ nicht schuldhaft gehandelt hat, gleichwohl hat dieser – wie gezeigt – das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zu beweisen.³⁷¹ Anderer Meinung ist *Rebhahn* – unter Hinweis auf die deutsche Rechtsprechung –, demzufolge der Geschädigte die Sorgfaltswidrigkeit des Organs beweisen muss, da Maßnahmen der Verwaltungsbehörden die Vermutung der Rechtsmäßigkeit für sich haben.³⁷²

³⁶⁸ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 155 mwN.

³⁶⁹ Vgl *Rebhahn*, Staatshaftung (1997) 649.

³⁷⁰ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 58, 59.

³⁷¹ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 59.

³⁷² Vgl *Rebhahn*, Staatshaftung (1997) 507 f.

12.6.9 Schuldhaftes Organverhalten

Die Bestimmung des § 1 Abs 1 AHG verweist ganz allgemein auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, bestimmt allerdings auch, dass Rechtsträger nur für Schäden einzustehen haben, welche die für sie handelnden Organe wem immer schuldhaft und rechtswidrig zugefügt haben. Bei der Amtshaftung handelt es sich somit ausdrücklich um eine Verschuldenshaftung. Da Rechtsträger erst durch ihre Organe handlungsfähig sind, ist das Tätigwerden ihrer Organe unmittelbar zuzurechnen. Sie sind also so zu behandeln, als ob sie selbst gehandelt hätten. Das hat zur Folge, dass es sich bei Organen nicht um Erfüllungs- oder Besorgungsgehilfen handelt, sodass auch die §§ 1313a, 1315 ABGB nicht anwendbar sind.³⁷³

Das Verschulden richtet sich nach den Verschuldensregeln des ABGB. Durch das Wort „schuldhaft“ in § 1 Abs 1 AHG ist klargestellt, dass es grundsätzlich keine Amtshaftung nach jenen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts gibt, die kein Verschulden verlangen.³⁷⁴ Gehaftet wird daher für jeden Grad des Verschuldens (Vorsatz, grobe und leichte Fahrlässigkeit).³⁷⁵ Grundsätzlich kann sich nach Erfüllung des Anspruches der Rechtsträger bei dem für ihn handelnden Organ regressieren (zum Rückersatzanspruch siehe unten Punkt 12.9.2). Nur bei leichtem Verschulden kann der Rechtsträger allerdings keinen Rückersatzanspruch verlangen (vgl § 3 Abs 1 AHG).

Ganz allgemein versteht man unter Verschulden die persönliche Vorwerfbarkeit rechtswidrigen Verhaltens. Es kommt dabei auf die subjektiven Fähigkeiten und Kenntnisse des konkreten Täters an, wobei die Vermutung des § 1297 ABGB zu beachten ist.³⁷⁶ Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob das handelnde Organ aufgrund seiner individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse den Schadenseintritt und die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens erkennen und dementsprechend hätte handeln können (vgl § 6 StGB). Dem Organ kann dann ein persönlicher Vorwurf gemacht werden, wenn die individuellen Fähigkeiten ausgereicht hätten, den Schaden zu vermeiden.³⁷⁷ Nach der ständigen Rsp ist allerdings nicht jede objektiv unrichtige Entscheidung eines Organs diesem auch vorwerfbar im Sinne eines schadenersatzrechtlich relevanten Verschuldens. Das Verschulden wird dann verneint, wenn die Entscheidung auf einer vertretbaren Rechtsansicht basiert.³⁷⁸ Es kommt vielmehr darauf

³⁷³ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 157.

³⁷⁴ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 157.

³⁷⁵ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 65.

³⁷⁶ Vgl *Karner* in *KBB*, ABGB³ (2010) § 1294 Rz 7; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 5/35.

³⁷⁷ Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 5/35.

³⁷⁸ Vgl *Apathy*, Haftungsfolgen in: *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 207 (228).

an, ob „bei pflichtgemäßer Überlegung aller Umstände die getroffene Entscheidung als vertretbar bezeichnet werden“ könne, sodass nicht schon jedes objektiv unrichtige Organverhalten ein Amtshaftung begründendes Verhalten darstelle. Im Ergebnis kommt es daher immer auf die Vertretbarkeit der Rechtsauslegung oder Rechtsanwendung an.³⁷⁹

12.6.9.1 Haftungsmaßstab

Grundsätzlich ist für die Beurteilung des Grads der Aufmerksamkeit und des Fleißes eines Schädigers gem §§ 1294 und 1297 ABGB ein objektiver Maßstab anzulegen.³⁸⁰ § 1297 ABGB normiert den allgemeinen, objektiven Haftungsmaßstab, dessen Nichteinhalten Fahrlässigkeit begründet.³⁸¹ Nach der ständigen Rsp des OGH³⁸² ist allerdings für die Beurteilung des Vorliegens eines Organverschuldens § 1299 ABGB als Haftungsmaßstab heranzuziehen: „Wer sich zu einem Amt, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt, gibt dadurch zu erkennen, dass er sich den notwendigen Fleiß und besondere Kenntnisse zutraut und muss daher ihren Mangel vertreten“.³⁸³ § 1299 ABGB normiert damit einen objektiven Maßstab für die Beurteilung der von einem Sachverständigen anzuwendenden Sorgfalt sowie für die Beurteilung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse. § 1299 ABGB verlangt gegenüber § 1297 ABGB außergewöhnlichen Fleiß und außergewöhnliche Aufmerksamkeit, die wiederum den typischen, dh durchschnittlichen, Fähigkeiten des betroffenen Verkehrskreises entsprechen müssen.³⁸⁴ Der strengere Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB ist für Organe immer dann heranzuziehen, wenn die vom Organ verübte Tätigkeit besonderer Qualifikation bedarf.³⁸⁵ Nur wenn keine besonderen Fähigkeiten für die Tätigkeit des Organs erforderlich sind, ist jener Haftungsmaßstab

³⁷⁹ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 159 mwN: Als schuldhaft und rechtswidrig anzusehen ist bspw ein ohne ausreichende Begründung und Auseinandersetzung mit der herrschenden Rsp erfolgtes Abweichen von einer klaren Rechtslage oder der ständigen Rsp. Vgl OGH 27.9.2005, 1 Ob 58/05v = *ecolex* 2006, 202/69 – *ecolex* 2006/69 = *Weitzenböck*, ÖA 2006, 9.

³⁸⁰ § 1294 ABGB besagt, dass jeder den gehörigen Fleiß und die gehörige Aufmerksamkeit anzuwenden hat. In § 1297 ABGB ist normiert, dass jeder sich eines Verschuldens schuldig macht, wer jenen Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit nicht anwendet, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann (Fahrlässigkeit). Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 5/35 mwN.

³⁸¹ Gem § 1297 ABGB versteht man unter Fahrlässigkeit, wenn es an dem Fleiß und der Aufmerksamkeit mangelt, welche bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden können.

³⁸² RIS-Justiz RS0026381; OGH 30.10.1991, 1 Ob 25/91 = JBI 1992, 253.

³⁸³ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 353.

³⁸⁴ Vgl *Reischauer in Rummel*³, § 1299 ABGB Rz 2, 5.

³⁸⁵ Vgl *Reischauer in Rummel*³, § 1299 ABGB Rz 23; OGH 8.10.2003, 9 ObA 80/03k (Entscheidung zur Organhaftpflicht eines Leiters der Betriebsprüfungsabteilung des Finanzamtes): Die Anwendung des § 1299 ABGB wird durch den erkennenden Senat damit begründet, dass die Tätigkeit der Organe öffentlicher Rechtsträger im Allgemeinen eine besondere Ausbildung, besondere Fähigkeiten, ein besonderes Maß an Verantwortung oder besondere Erfahrungen erfordere, sodass diese Tätigkeit nicht von Durchschnittsmenschen ausgeübt werden könne.

anzulegen, nach welchem das Organ auch als Privater haften würde.³⁸⁶ § 1299 ABGB bringt nur die unwiderlegliche Vermutung des Vorliegens entsprechend vorausgesetzter Kenntnisse und Fähigkeiten mit sich. Bei Ausübung einer Tätigkeit, bei welcher der erhöhte Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB gefordert wird, kann es dennoch subjektiv nach § 1297 ABGB zu berücksichtigende Umstände geben, ausgenommen sind Umstände betreffend die Kenntnisse und Fähigkeiten, die subjektive Unzumutbarkeit sorgfaltsgemäßen Verhaltens begründen.³⁸⁷

12.6.9.2 Mitverschulden des Geschädigten

Da im Amtshaftungsrecht die Grundsätze des bürgerlichen Rechts gelten, stehen dem beklagten Rechtsträger auch alle Einwendungen zur Verfügung, die nach bürgerlichem Recht dem Klagsanspruch entgegengehalten werden können. So kann der Rechtsträger auch den Einwand des Mitverschuldens des Geschädigten gem § 1304 ABGB geltend machen.³⁸⁸ § 1304 ABGB normiert eine Schadensteilungspflicht des Schädigers und des Geschädigten, wenn Letzterer eine Mitverantwortlichkeit des Schadenseintrittes zu vertreten hat. Die Schadensteilung erfolgt verhältnismäßig; wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, zu gleichen Teilen. Durch diese Bestimmung soll der Schädiger also insoweit entlastet werden, soweit auch der Geschädigte eine Bedingung für den Schadenseintritt gesetzt hat.³⁸⁹

Das Mitverschulden ist kein Verschulden im technischen Sinn, da es an der Rechtswidrigkeit fehlt (sorgloser Umgang mit den eigenen Sachen ist nicht verboten). Es handelt sich vielmehr um Sorgfaltswidrigkeit gegenüber den eigenen Gütern. Um das Maß der Verantwortung zu finden, wird der Geschädigte iVm § 1304 ABGB so behandelt, wie er sich gegenüber einer fremden Sache verhalten sollte. Es handelt sich somit um eine Fiktion rechtswidrigen Verhaltens hinsichtlich der Selbstschädigung. Der Sorgfaltsmaßstab richtet sich nach § 1297 ABGB bzw § 1299 ABGB.³⁹⁰ Mitverschulden stellt eine Obliegenheitsverletzung dar: Wer in eigenen Belangen sorglos ist, hat den daraus resultierenden Nachteil selbst zu tragen.³⁹¹ Es ist zu berücksichtigen, dass Organe bei Vollziehung der Gesetze – ohne Rücksicht auf das Verhalten der Parteien und Beteiligten – stets zur Einhaltung der Gesetze

³⁸⁶ Vgl *Mader* in *Schwimmann*, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 68.

³⁸⁷ OGH 13.11.2003, 8 ObA 70/03g.

³⁸⁸ RIS-Justiz RS0050022; OGH 22.10.1999, 1Ob213/99a; vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 165 mwN; *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.9/1.

³⁸⁹ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 327.

³⁹⁰ Vgl *Reischauer* in *Rummel*³ § 1304 ABGB Rz 1.

³⁹¹ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 328.

verpflichtet sind, sodass es in der Regel nur bei Unterlassungen und verfahrensfreien Verwaltungsakten zum Mitverschuldenseinwand kommen kann.³⁹² Die vom Amtshaftungskläger geforderte Sorgfaltspflicht darf daher nicht überspannt werden. Ein milderer Grad an Mitverschulden des Geschädigten kann dann als bedeutungslos anzusehen sein, wenn das handelnde Organ eine schwere Rechtsverletzung begangen hat. In diesem Fall besteht eine uneingeschränkte Haftung des Rechtsträgers. Umgekehrt kann Amtshaftung entfallen, wenn das Organ nur leicht fahrlässig gehandelt hat und dem Geschädigten ein außergewöhnlich sorgloser Umgang mit eigenen Sachen vorzuwerfen ist.³⁹³ Mitverschulden des Geschädigten kann auch dann vorliegen, wenn dieser Abhilfemaßnahmen unterlassen hat, die geeignet gewesen wären, den Schaden zu verhindern.³⁹⁴

Das sorglose Verhalten des Geschädigten muss für eine Schadensteilung nach § 1304 ABGB adäquat kausal zum Schadenseintritt beigetragen haben. Der Rechtsträger hat somit jenen Teil des Schadens voll zu ersetzen, der unabhängig vom Mitverschulden jedenfalls eingetreten wäre. Dem beklagten Rechtsträger steht es natürlich auch hier frei, den Nachweis rechtmäßigen Alternativverhaltens zu erbringen.³⁹⁵

Auf die Bestimmung des § 1304 ABGB wird auch die Pflicht zur Schadensabwehr oder Schadensminderung im Amtshaftungsrecht gestützt. Eine Verletzung dieser Pflicht bewirkt ebenfalls eine Obliegenheitsverletzung. Eine Schadensminderungspflicht kann aber nur dort angenommen werden, wo zwischen den Parteien besondere Schutz- und Sorgfaltspflichten bestehen. Im deliktischen Bereich bestehen mangels gesetzlicher Grundlagen grundsätzlich keine besonderen Anhaltspunkte für eine derartige Verpflichtung gegenüber dem Schädiger.³⁹⁶ Zum Ausschluss der Amtshaftung bei Verletzung der Rettungspflicht gem § 2 Abs 2 AHG siehe unten Punkt 12.7.1. Gemäß § 2 Abs 2 AHG besteht der Ersatzanspruch nach dem Amtshaftungsgesetz nämlich dann nicht, wenn der Geschädigte den Schaden durch Rechtsmittel oder Beschwerde an den VwGH hätte abwenden können.

³⁹² OGH 18.9.1991, 1 Ob 38/90 = SZ 64/126 = JBl 1992, 327 = ecolex 1992, 89 = EvBl 1992/14; vgl *Mader* in *Schwimmann*, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 69.

³⁹³ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 165.

³⁹⁴ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.9/2.

³⁹⁵ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.9/3 f.

³⁹⁶ Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 12/85 ff.

12.6.9.3 Mitverschulden eines Dritten

Der Rechtsträger kann auch dadurch von seiner Haftung zumindest teilweise befreit werden, wenn einen unabhängigen Dritten ein Mitverschulden am Schadenseintritt trifft. Dieser (private) Mitschädiger haftet dann neben dem Rechtsträger.³⁹⁷ Der Mitschädiger und der Rechtsträger haften nach § 1302 ABGB anteilig, wenn die Schädiger fahrlässig gehandelt haben und sich der jeweilige Anteil jedes einzelnen Schädigers bestimmen lässt. Ein Anteil ist dann bestimmbar, wenn der Schädiger nachweislich nur einen Teil des Gesamtschadens in zurechenbarer Weise verursacht hat. Solidarhaftung tritt ein, wenn sich die Anteile nicht bestimmen lassen oder die Schädiger vorsätzlich und gemeinschaftlich gehandelt haben.³⁹⁸ Die Regressansprüche zwischen dem Mitschädiger und dem Rechtsträger sind ebenfalls nach § 1302 ABGB (iVm § 896 ABGB) zu beurteilen.³⁹⁹

12.6.9.4 Beweislast

Nach allgemeinem Schadenersatzrecht obliegt der Beweis des Verschuldens gemäß § 1296 ABGB dem Geschädigten, da die Schuldlosigkeit des Schädigers vermutet wird. Der Geschädigte hat somit alle Umstände zu beweisen, die für ihn günstig sind.⁴⁰⁰ Nach ständiger Rsp kehrt der OGH die Beweislast in Amtshaftungsfällen allerdings um, „da Organe ausnahmslos verpflichtet sind, sich rechtmäßig zu verhalten, trifft die Behauptungs- und Beweislast für mangelndes Verschulden bei Nichterfüllung von Rechtspflichten stets den Rechtsträger“.⁴⁰¹ *Apathy* kritisiert an dieser Rsp zutreffend, dass diese Begründung insofern nicht überzeugen kann, als wohl jedermann – und nicht nur Organe – verpflichtet ist, sich stets rechtmäßig zu verhalten.⁴⁰² *Reischauer* betrachtet es bereits als unrichtig, für die Haftung des Rechtsträgers beim Verhalten des Organs anzusetzen, zumal es doch die Pflicht des Rechtsträgers sei, andere nicht durch rechtswidriges Verhalten zu schädigen, sodass das Verhalten der für den Rechtsträger handelnden Organ an dieser Pflicht des Hoheitsträgers zu messen sei.⁴⁰³

³⁹⁷ vgl *Mader* in *Schwimmann*, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 91

³⁹⁸ Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 14/10 ff mwN.

³⁹⁹ Vgl *Mader* in *Schwimmann*, ABGB³ VII (2005) § 1 AHG Rz 91.

⁴⁰⁰ Vgl *Karner* in *KBB*, ABGB³ (2010) § 1296 Rz 1; vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 16/15.

⁴⁰¹ RIS-Justiz RS0049794; OGH 26.4.1989, 1 Ob 1/89 = SZ 62/72 = JBl 1991, 177; OGH 1.4.1992, 1 Ob 9/92 = SZ 65/2 = JBl 1992, 649 (*Apathy*) = ZfRV 1993, 125 = ZVR 1993/126; diese Rsp kritisch aufzeigend *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) 16/15 FN 55; *Reischauer* in *Rummel*³, § 1298 Rz 30a; dieser Rsp zustimmend *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 161.

⁴⁰² OGH 1.4.1992, 1 Ob 9/92 = SZ 65/2 = JBl 1992, 649 (*Apathy*) = ZfRV 1993, 125 = ZVR 1993/126.

⁴⁰³ Vgl *Reischauer* in *Rummel*³, § 1298 Rz 30a.

Da der Rechtsträger für rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten aller für ihn handelnden Organe haftet, reicht es nicht immer, dass der Rechtsträger das mangelnde Verschulden des konkret handelnden bzw das die Handlung unterlassenden Organs beweist. Im Einzelfall kann der Rechtsträger nämlich auch ein Auswahl- oder Organisationsverschulden eines vorgesetzten Organs zu verantworten haben.⁴⁰⁴ Unter eine derartige Verantwortung kann beispielsweise ein viel zu kleiner zur Verfügung stehender Sachverständigenapparat für die Anzahl an Verwaltungsverfahren und die Nichtbetrauung von anderen geeigneten Personen oder die unzureichende fachliche Qualifizierung von Sachverständigen fallen.

12.7 Ausschluss der Amtshaftung

12.7.1 Verletzung der Rettungspflicht

Eine besondere Schadensminderungspflicht des Geschädigten im Amtshaftungsrecht ist in § 2 Abs 2 AHG normiert. Bei Verletzung dieser Bestimmung kommt es zum gänzlichen Ausschluss jeglicher Amtshaftung. Nach § 2 Abs 2 AHG besteht ein Ersatzanspruch nämlich dann nicht, wenn der Geschädigte den Schaden durch Rechtsmittel oder durch Beschwerde an den VfGH hätte abwenden können. Die Ausschöpfung der in Betracht kommenden Rechtsbehelfe ist damit eine Anspruchsvoraussetzung und verdeutlicht die Absicht des Gesetzgebers, dass Amtshaftung subsidär ist, da sie nur in Betracht kommt, wenn für den Schaden keinerlei verfahrensrechtliche Abhilfe mehr in Betracht kommt.⁴⁰⁵ Die Verletzung dieser sog Rettungspflicht ist auch ohne Einwendung des beklagten Rechtsträgers von Amts wegen im Verfahren zu berücksichtigen.⁴⁰⁶

Entgegen der Schadensminderungspflicht nach § 1304 ABGB, deren Rechtsfolge die Schadensteilung zwischen Schädiger und Geschädigtem ist, führt eine Verletzung des § 2 Abs 2 AHG zum gänzlichen Entfall des Schadenersatzanspruches.⁴⁰⁷ Der OGH hat gegen diese Differenzierung keine verfassungsrechtlichen Bedenken, zumal nach der Rsp des VfGH zum Gleichheitsgrundsatz (vgl Art 7 B-VG) unterschiedliche Regelungen dort zulässig sind, „wo sie durch entsprechende Unterschiede im Tatsächlichen gerechtfertigt sind“. Diese entsprechenden *Unterschiede im Tatsächlichen* erachtet der OGH, im Verhältnis der allgemeinen Regel des § 1304 ABGB und des § 2 Abs 2 AHG als Spezialvorschrift, als

⁴⁰⁴ Vgl *Schrage*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 2 Rz 179.

⁴⁰⁵ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.8/1.

⁴⁰⁶ Vgl *Mader* in *Schwimmann*, ABGB³ VII (2005) § 2 AHG Rz 6 unter Hinweis auf SZ 71/7 und SZ 72/28; *Schrage*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 2 Rz 190.

⁴⁰⁷ Vgl *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 54; zum *Mitverschulden des Geschädigten* siehe oben Punkt 12.6.9.2.

gegeben. § 1304 ABGB führt zu einer Minderung des Schadensersatzanspruches, wenn der Geschädigte eine Bedingung für den Schadenseintritt gesetzt hat und damit sorglos gegenüber seinen eigenen Gütern gehandelt hat. Diese Sorglosigkeit hat eine Schadensteilung zwischen Schädiger und Geschädigtem zufolge. Unter Umständen kann es bei einem schwerwiegenden Verschulden des Schädigers oder bei einer bewussten Selbstschädigung durch den Geschädigten zur Vernachlässigung des Verschuldens des anderen Mitschädigers kommen. Auch das Nichtergreifen eines Rechtsmittels iSd § 2 Abs 2 AHG wird als sorgloses Handeln im Umgang mit eigenen Rechtsgütern gewertet. Der Ausschluss der Amtshaftung als Rechtsfolge dieser Sorgfaltswidrigkeit ist als logische Konsequenz des Gesetzgebers „nur für unverbesserliche Akte der Vollziehung“ Amtshaftungsansprüche zu gewähren, zu betrachten.⁴⁰⁸

Der Begriff des „Rechtsmittels“ in § 2 Abs 2 AHG ist weit auszulegen.⁴⁰⁹ Nach der Rsp des OGH sind unter dem Rechtsmittelbegriff nur prozessuale Rechtsbehelfe zur Abhilfe gegen gerichtliche oder sonstige behördliche Entscheidungen zu verstehen.⁴¹⁰ Nicht erforderlich ist damit die Verfolgung materieller Ansprüche gegen Dritte, sodass die unterlassene Klagsführung nicht zum Ausschluss der Amtshaftung nach § 2 Abs 2 AHG führt.⁴¹¹ Es ist allerdings ohne Belang, ob der Rechtsbehelf formal im selben Verfahren oder einem besonderen Verfahren zur Verfügung steht, sofern dieser Rechtsbehelf geeignet ist, „die schadensverursachenden Folgen eines rechtswidrigen und schuldhaften Organverhaltens durch direkte Einwirkung auf das betreffende Verfahren zu verhindern oder zu verringern“. Die Unterlassung der Inangasetzung eines neuen selbstständigen Verfahrens kann gegebenenfalls ein Mitverschulden iSd § 1304 ABGB begründen.⁴¹² Jedenfalls muss das Rechtsmittel ordentlich ausgeführt sein (gemeint: es muss einer sachlichen Erledigung zugänglich sein), um als Rechtsmittel iSd des § 2 Abs 2 AHG zu gelten.⁴¹³ Nach der Rsp des OGH führt ein unterlassenes Rechtsmittel in der Vergangenheit gegen einen

⁴⁰⁸ RIS-Justiz RS0050209; OGH 18.9.1991, 1 Ob 33/91 = JBl 1992, 249 = ZVR 1992/57.

⁴⁰⁹ Vgl *Mader* in *Schwimmann*, ABGB³ VII (2005) § 2 AHG Rz 7 mwN; vgl auch *Vrba/Zechner*, Begriff des Rechtsmittels nach § 2 Abs 2 AHG, ÖJZ 1981, 589 (590f); Rechtsmittel iSd § 2 Abs 2 AHG im Bereich der Verwaltung sind u.a. der Devolutionsantrag gem § 73 Abs 2 AVG sowie § 311 BAO, die Beschwerde an den UVS gem Art 129a Abs 1 Z 4 B-VG, der Widerspruch bzw die Klage nach § 14 AbgEO, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 71 Abs 1 Z 2 AVG (nicht aber nach Z 1), die Wiederaufnahme nach § 69 Abs 1 Z 2 AVG sowie bei Bescheiden die Beschwerde an den VwGH (vgl *Mader* in *Schwimmann*, ABGB³ VII (2005) § 2 AHG Rz 8).

⁴¹⁰ RIS-Justiz RS0110188.

⁴¹¹ OGH 9.6.1998, 1 Ob 17/98a.

⁴¹² RIS-Justiz RS0050199.

⁴¹³ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 2 Rz 191: Verspätete oder mangelhaft begründete Rechtsmittel sind so zu behandeln, als ob sie nie erhoben worden wären.

Betriebsanlagengenehmigungsbescheid dann nicht zur Verletzung der Rettungspflicht, wenn der Sachverhalt sich erst in der Zukunft verwirklicht hat.⁴¹⁴ Vom Rechtsmittelbegriff des § 2 Abs 2 AHG ist die Beschwerde an den VfGH nicht umfasst, sodass deren Nichterhebung für sich alleine nicht zum Ausschluss der Amtshaftung führt.⁴¹⁵ Ebenfalls nicht erfasst vom Rechtsmittelbegriff des § 2 Abs 2 AHG sind Beschwerden, die an außerstaatliche Stellen, wie zB den EGMR oder den EuGH, gerichtet werden können.⁴¹⁶

Der Ausdruck „hätte abwenden können“ in § 2 Abs 2 AHG impliziert die abstrakte Möglichkeit der Schadensabwehr, sodass der Beweis des fehlenden materiellen Erfolgs des Rechtsbehelfes im Amtshaftungsverfahren nicht zulässig ist.⁴¹⁷ Die Unterlassung offenbar aussichtsloser Abhilfemaßnahmen führt jedoch nicht zum Ausschluss des Amtshaftungsanspruches. Der Amtshaftungskläger muss also nicht solche Rechtsbehelfe erheben, die schon nach ihrer abstrakten Wirkungsmöglichkeit nicht geeignet sind, den Schaden abzuwehren.⁴¹⁸

Wenn hingegen ein Rechtsmittel zur Verfügung stand, der Amtshaftungskläger dieses schuldhaft nicht geltend gemacht hat, kann ein Amtshaftungsanspruch nur dann entstehen, wenn durch dieses Rechtsmittel der Schaden nicht verhindert hätte werden können. Dies ist dann der Fall, wenn der Schaden bereits entstanden ist, bevor durch einen Rechtsbehelf Abhilfe hätte geschafft werden können.⁴¹⁹ Der Amtshaftungskläger trägt die Beweislast dafür, welcher Teil des geltend gemachten Schadens auch bei tatsächlicher Ergreifung der nach der anzuwendenden Verfahrensordnung möglichen Rechtsmittel oder sonstiger Rechtsbehelfe nicht vermieden hätte werden können, denn Ersatz soll nur für unverbesserbare Vollzugsakte geleistet werden.⁴²⁰

Der Ausschluss des Ersatzanspruchs nach § 2 Abs 2 AHG setzt ein Verschulden bzw eine Sorglosigkeit des Amtshaftungsklägers im Umgang mit seinen eigenen Rechtsgütern voraus.⁴²¹ Dabei kommt es einerseits auf die konkreten Kenntnisse und Fähigkeiten eines Geschädigten und andererseits auf die gesamten Begleitumstände seines Verhaltens an.⁴²² Ein

⁴¹⁴ RIS-Justiz RS0109982; OGH 28.4.1998, 1 Ob 107/97k.

⁴¹⁵ RIS-Justiz RS0050275.

⁴¹⁶ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 2 Rz 189.

⁴¹⁷ Vgl *Mader* in *Schwimmann*, ABGB³ VII § 2 AHG Rz 3.

⁴¹⁸ RIS-Justiz RS0052920; vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.8/2 mwN.

⁴¹⁹ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.8/2.

⁴²⁰ OGH 23.2.1999, 1 Ob 356/98d = SZ 72/28.

⁴²¹ RIS-Justiz RS0027565.

⁴²² Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.8/3.

Verschulden wird grundsätzlich in der Unterlassung der Erhebung eines ordentlichen Rechtsmittels sowie der ausdrücklich in § 2 Abs 2 AHG genannten Beschwerde an den VwGH anzunehmen sein. Nach Zustellung eines Bescheides ist die Ergreifung eines Rechtsmittels, wenn durch dessen Rechtskraft dem Betroffenen Schaden zugefügt wird, nach der Rsp des OGH zumutbar. Bei Rechtsunkenntnis ist es dem Betroffenen ebenso zumutbar, rechtlichen Rat einzuholen. Jedenfalls darf der Betroffene nicht tatenlos die in Betracht kommenden Rechtsmittelfristen verstreichen lassen.⁴²³ Die an den Amtshaftungskläger gestellte Sorgfaltspflicht darf allerdings nicht überspannt werden.⁴²⁴

Mangelndes Verschulden ist vom Amtshaftungskläger zu beweisen und kann bspw bei falscher Rechtsbelehrung vorliegen. Für mangelndes Verschulden ist ebenso zu berücksichtigen, dass das rechtswidrige Handeln des Organs und/oder der Schadenseintritt für den Betroffenen nicht rechtzeitig erkennbar waren oder eine andere Verfahrenspartei bereits alle in Betracht kommenden Rechtsmittel ausgeschöpft hat.⁴²⁵ Wenn der Geschädigte seine Rettungspflicht erfüllt hat, kann er den dafür notwendigen Kostenaufwand als Rettungsaufwand, der ihm nach den einschlägigen Verfahrensbestimmungen nicht ersetzt wurde, im Wege der Amtshaftung geltend machen.⁴²⁶

12.7.2 Höchstgerichtliches Erkenntnis

Aus einem Erkenntnis des VfGH, des VwGH und des OGH kann gem § 2 Abs 3 AHG kein Ersatzanspruch abgeleitet werden.⁴²⁷ Es handelt sich um einen absoluten Ausschluss eines Ersatzanspruches. Zweck der Regelung ist, eine Grenze des Rechtsschutzes zu ziehen, um eine endgültige Entscheidung herbeizuführen und damit eine unendliche Prozesskette zu vermeiden.⁴²⁸ Darüber hinaus würde der Nichtausschluss der Haftung eine abzulehnende, nachträgliche Überprüfung eines höchstgerichtlichen Erkenntnisses durch eine Vorinstanz

⁴²³ RIS-Justiz RS0053146.

⁴²⁴ Nach der Rsp des OGH darf der Amtshaftungskläger nicht dazu verhalten werden, selbst jene Rechtsbehelfe ergreifen zu müssen, bei denen nach der Rechtslage von vornherein klar ist, dass diese mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit nicht erfolgreich sein werden (OGH 23.3.1999, 1 Ob 373/98d).

⁴²⁵ Vgl *Mader* in *Schwimmann*, ABGB³ VII (2005) § 2 AHG Rz 4 mwN.

⁴²⁶ Vgl *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kap 1.8/4; vgl auch *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 2 Rz 194 mwN; Die nähere Erörterung des ersatzfähigen Rettungsaufwandes bleibt hier außer Betracht.

⁴²⁷ Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 25 Asylgerichtshofgesetz. Die Bestimmung normiert, dass aus einer Entscheidung des Asylgerichtshofgesetzes kein Ersatzanspruch nach dem AHG oder OrgHG abgeleitet werden kann. Vgl dazu *Paar*, Verfassungskonformität des Ausschlusses der Amtshaftung nach § 25 Asylgerichtshofgesetz? *migraLex* 2010, 86 (86).

⁴²⁸ Vgl *Walter*, Bundesverfassungsrecht (1972) 829; *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 59.

bedeuten.⁴²⁹ Diese Bestimmung ist nur auf die in § 2 Abs 3 AHG genannten Höchstgerichte anzuwenden und nicht auf Behörden, die funktionell letztinstanzlich entscheiden.⁴³⁰

Gegen diese Begrenzung der Amtshaftung wurden in der Literatur vermehrt verfassungsrechtliche Bedenken geäußert, insbesondere mit der Begründung, dass Art 23 Abs 1 B-VG eine derartige Beschränkung der Haftung nicht vorsehe, sodass eine verfassungsrechtliche Deckung nicht gegeben sei.⁴³¹ Dieser Auffassung wird entgegengehalten, dass § 2 Abs 3 AHG nur scheinbar verfassungswidrig sei. Vielmehr erfordere es die Sachlogik, dass zumindest jene Organe von der Amtshaftung auszuschließen sind, die in letzter Instanz über Amtshaftungsansprüche entscheiden. Anderenfalls wären aus diesen Entscheidungen erneut Amtshaftungsansprüche ableitbar, sodass ein endloser Prozesskreislauf über ein und dieselbe Rechtsfrage in Gang gesetzt werden könnte. Die Rechtfertigung dafür, dass nicht nur die Entscheidungen des OGH, sondern auch die Erkenntnisse des VwGH und VfGH von Ersatzansprüchen ausgenommen sind, liegt in der Organisation der genannten Gerichte als gleichrangige Höchstgerichte. Aus dieser Organisation folgt, dass diese „Grenzorgane“ keiner Überprüfung durch andere Staatsorgane mehr unterliegen, ebenso wenig wäre eine Überprüfung der Entscheidungstätigkeit des VwGH und VfGH durch den OGH in Amtshaftungssachen zulässig.⁴³² Der OGH erachtet die Regelung in seiner ständigen Rsp ebensowenig als verfassungswidrig und begründet dies mit der notwendigen Grenzziehung des Rechtsschutzes in Amtshaftungssachen, um eine endgültige Entscheidung herbeizuführen und einen endlosen Prozesskreislauf zu vermeiden.⁴³³

Die Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen ist nach der Rsp und Lehre trotz einer höchstgerichtlichen Entscheidung allerdings nicht ganz ausgeschlossen. Sofern dem Höchstgericht nur eine eingeschränkte Überprüfungsmöglichkeit der bekämpften Entscheidung zukommt, ist Amtshaftung aus den nicht überprüften Verhaltensweisen noch möglich, da der Anspruch hier nicht aus einer höchstgerichtlichen Entscheidung abgeleitet

⁴²⁹ OGH 21.06.2000, 1 Ob 179/99a = SZ 73/101.

⁴³⁰ RIS-Justiz RS0082344.

⁴³¹ Vgl *Walter*, Bundesverfassungsrecht (1972) 829; *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 59 mit Hinweis auf *Klecatsky*, Notwendige Entwicklungen des österreichischen Amtshaftungsrechts, JBl 113 (119) mwN; *Hellbling*, Die Amtshaftung, ÖJZ 1949, 365 (366); *Welser*, Amtshaftungsklage, JBl 1975, 225 (237).

⁴³² Vgl *Meier*, Prozesskosten und Amtshaftung, JBl 1979, 617 (624, 625); vgl auch *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 2 Rz 195.

⁴³³ OGH 25.8.1993, 1 Ob 10/93 = SZ 66/97 = JBl 1994, 185.

wird. So können die Art der Verfahrensführung und die Herbeiführung der Grundlagen für die Beweiswürdigung vom Höchstgericht nicht immer wahrgenommen werden.⁴³⁴

12.7.3 Verjährung

12.7.3.1 Verjährungsfristen

Das AHG kennt zwei unterschiedliche Verjährungsfristen. Amtshaftungsansprüche verjähren gem § 6 Abs 1 AHG in drei Jahren nach Ablauf des Tages, an dem der Schaden dem Geschädigten bekannt geworden ist, keinesfalls aber vor einem Jahr nach Rechtskraft einer rechtsverletzenden Entscheidung oder Verfügung (kurze Verjährungsfrist). Ist dem Geschädigten der Schaden nicht bekannt geworden oder ist der Schaden aus einer gerichtlich strafbaren Handlung, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, entstanden, so verjährt der Ersatzanspruch erst zehn Jahre nach der Entstehung des Schadens (lange Verjährungsfrist). Die Beweislast für die Annahme der langen Verjährungsfrist trifft den Amtshaftungskläger.⁴³⁵

Die (kurze) Verjährungsfrist von Amtshaftungsansprüchen beginnt mit dem Zeitpunkt ab Kenntnis des Schadens zu laufen, hingegen fordert § 1489 ABGB auch die Kenntnis des Schädigers für den Beginn der kurzen Verjährungsfrist. Die Kenntnis des Schädigers kann im Amtshaftungsrecht vernachlässigt werden, da gem § 2 Abs 1 AHG das handelnde Organ nicht genannt werden muss.⁴³⁶ Ein Schaden kann allerdings solange nicht entstehen, als er noch durch ein Rechtsmittel iSd § 2 Abs 2 AHG abgewendet werden kann.⁴³⁷ Nach Ansicht des OGH muss zur Kenntnis des Schadenseintritts auch die Kenntnis eines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens *irgendeines* Organes des Rechtsträgers hinzutreten.⁴³⁸ Entscheidend für den Beginn des Fristlaufes ist, dass der Geschädigte aufgrund der ihm bekannten Umstände ohne nennenswerte Mühe auf das Verschulden *eines* Organes des beklagten Rechtsträgers schließen konnte.⁴³⁹ Der Geschädigte ist aber verpflichtet, sachverständigen Rat

⁴³⁴ Vgl Mader in Schwimann, ABGB³ VII (2005) § 2 AHG Rz 14; Schragel, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 2 Rz 196; RIS-Justiz RS0102269; OGH 3.10.1996, 1 Ob 2234/96b; OGH 25.2.1997, 1 Ob 2147/96h = SZ 70/32; RIS-Justiz RS 0077496.

⁴³⁵ RIS-Justiz RS0113917.

⁴³⁶ Vgl Krejci, Amtshaftung, in: Aicher (Hrsg), Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 97 (116); zu § 2 Abs 1 AHG: OGH 1.4.1992, 1 Ob 9/92 = SZ 65/2 = JBl 1992, 649 (Apathy) = ZfRV 1993,125 = ZVR 1993/126

⁴³⁷ Vgl Mader in Schwimann, ABGB³ VII (2005) § 6 AHG Rz 6; ebenso OGH 25.8.1993, 1 Ob 17/93 mwN („Andererseits wird zur Verjährung von Amtshaftungsansprüchen die Auffassung vertreten, der Schaden müsse unabwendbar geworden sein.“).

⁴³⁸ OGH 27.3.1995, 1 Ob 39/94.

⁴³⁹ OGH 27.3.1995, 1 Ob 39/94; 6.3.1991, 1 Ob 42/90 = SZ 64/23 = JBl 1991, 647; 14.11.1984, 1 Ob 26/84 = SZ 57/171; OGH 14.12.1979, 1 Ob 36/79 = SZ 52/186.

einzuholen, wenn er weiß, dass er seinen Wissensstand über das Organverschulden nicht mehr erhöhen kann.⁴⁴⁰ Der Lauf der Verjährungsfrist beginnt dann zu laufen, wenn der Geschädigte jenen Wissensstand über den anspruchsbegründenden Sachverhalt hat, der eine Klage als aussichtsreich erscheinen lässt.⁴⁴¹ Nach der Rsp des OGH ist Zuwarten wegen Unkenntnis der Person des Schädigers, bei gleichzeitigem Hinausschieben des Beginns der Verjährungsfrist, insoweit zulässig, als Unklarheit darüber besteht, „ob im Sinne des Kausalitätsverlaufs die Schadenzufügung auf das Handeln einer bestimmten Person zurückgeführt werden kann“. Unklarheit dahingehend, ob das Organverhalten einem bestimmten Rechtsträger zurechenbar – und damit seine Passivlegitimität gegeben – ist, schiebt den Beginn der Verjährungsfrist aber nicht hinaus.⁴⁴² Die Verjährungsfrist beginnt bei positiver Kenntnis auch dann zu laufen, wenn der Geschädigte die Schadenshöhe noch nicht beziffern kann, ihm noch nicht alle Schadensfolgen bekannt sind bzw diese auch noch nicht zur Gänze eingetreten sind. Der drohenden Verjährung muss der Geschädigte durch eine Feststellungsklage begegnen.⁴⁴³ In einer Entscheidung eines verstärkten Senats hat dieser ausgesprochen, dass die kurze Verjährungsfrist von Ersatzansprüchen iSd § 1489 erster Satz ABGB nicht vor dem tatsächlichen Eintritt des Schadens zu laufen beginnt.⁴⁴⁴ Gemeint ist damit allerdings nur der Eintritt des Erstschadens, nicht aber etwaige noch nicht eingetretene, aber vorhersehbare Folgeschäden. Nach der Rsp ist nämlich auch die Erhebung der Feststellungsklage hinsichtlich der bei Eintritt des Erstschadens vorhersehbaren Folgeschäden zur Vermeidung der Verjährung zumutbar.⁴⁴⁵ Aufgrund desselben Schadensereignisses eingetretene und vorhersehbar künftig noch eintretende Schäden bilden verjährungsrechtlich eine Einheit, sodass diese Folgeschäden keine eigene Verjährungsfrist auslösen.⁴⁴⁶

Im Unterschied zur langen 30-jährigen Verjährungsfrist nach allgemeinem bürgerlichem Recht (§ 1489 Satz 2 ABGB) beträgt die lange Verjährungsfrist im Amtshaftungsrecht nur zehn Jahre. Es handelt sich hier um eine absolute Höchstgrenze der Verjährung von Amtshaftungsansprüchen.⁴⁴⁷ Für *Krejci* ist keine sachliche Rechtfertigung für diese

⁴⁴⁰ OGH 11.3.1996, 1 Ob 1004/96; OGH 9.3.1983, 1 Ob 1/83 = SZ 56/36.

⁴⁴¹ OGH 11.3.1996, 1 Ob 1004/96 mwN („Der Geschädigte darf also mit der Klagsführung nicht so lange zuwarten, bis er im Rechtsstreit zu gewinnen glaubt.“).

⁴⁴² OGH 13.12.2005, 1 Ob 226/05z = ecolex 2006, 286 = ÖBA 2006, 528 = ZIK 2006/132 S 108 - ZIK 2006, 108 = RZ 2006, 153 EÜ178 - RZ 2006 EÜ178 = Jus-Extra OGH-Z 4139.

⁴⁴³ RIS-Justiz RS0050338; OGH 6.3.1991, 1 Ob 42/90 = JBl 1991, 647.

⁴⁴⁴ OGH 19.2.1995, 1 Ob 621/95 = SZ 68/238: Entscheidung durch verstärkten Senat entsprechend der Rsp zu § 6 Abs 1 AHG, zB OGH 27.1.1998, 1 Ob 155/97v = SZ 71/5.

⁴⁴⁵ OGH 25.5.1999, 1 Ob 127/99d unter Hinweis auf OGH 19.2.1995, 1 Ob 621/95 = SZ 68/238.

⁴⁴⁶ OGH 23.3.1999, 1 Ob 373/98d = SZ 72/51 = JBl 2000, 307.

⁴⁴⁷ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 6 AHG Rz 3.

Differenzierung erkennbar.⁴⁴⁸ Anders die Rechtsansicht des OGH. Dieser hat keine verfassungsrechtlichen Bedenken wegen der Abweichung von § 1489 Satz 2 ABGB.⁴⁴⁹ Die zehnjährige Verjährungsfrist beginnt mit Entstehung des Schadens zu laufen.⁴⁵⁰

Gemäß § 6 Abs 2 AHG verjähren Rückersatzansprüche gegen den funktionellen Rechtsträger (§ 1 Abs 3 AHG) sowie gegen das Organ (§ 3 AHG) in sechs Monaten nach Ablauf des Tages, an dem der Rechtsträger den Ersatzanspruch dem Geschädigten gegenüber anerkannt hat oder rechtskräftig zum Ersatz verurteilt worden ist.

12.7.3.2 Hemmung und Unterbrechung der Verjährung

Für Hemmung und Unterbrechung der Verjährungsfristen im Amtshaftungsrecht gelten grundsätzlich die Regeln des allgemeinen Verjährungsrechts (§§ 1494 ff ABGB).⁴⁵¹ Das AHG kennt allerdings zwei Sonderregeln.⁴⁵²

Nach § 6 Abs 1 Satz 1 AHG verjähren Ersatzansprüche nach § 1 Abs 1 AHG in drei Jahren nach Ablauf des Tages, an dem der Schaden dem Geschädigten bekannt geworden ist, keinesfalls aber vor einem Jahr nach Rechtskraft einer rechtsverletzenden Entscheidung oder Verfügung (Ablaufhemmung). Diese Sonderregel ist für jene Schäden von Bedeutung, die auch durch ein Rechtsmittel iSd § 2 Abs 2 AHG nicht abgewendet werden können, die Verjährungsfrist beginnt vielmehr mit Bekanntwerden des Schadens sofort zu laufen.⁴⁵³ Wenn der Geschädigte ein Rechtsmittel ergreift oder eine Beschwerde an den VwGH erhebt, hat das zur Folge, dass die Verjährungsfrist jedenfalls nicht vor Ablauf eines Jahres nach Rechtskraft der schadenverursachenden Entscheidung oder Verfügung endet.⁴⁵⁴ Diese Ablaufhemmung tritt nach der Rsp unabhängig davon ein, ob ein Schaden durch einen derartigen Rechtsbehelf

⁴⁴⁸ Vgl *Krejci*, Amtshaftung, in: *Aicher* (Hrsg), Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 97 (116).

⁴⁴⁹ RIS-Justiz RS0050308; OGH 24.11.1998, 1 Ob 151/98g („Das Amtshaftungsrecht ist als besonderes Schadenersatzrecht unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass der Geschädigte nicht den Schädiger selbst, sondern die Haftung eines Dritten, des Rechtsträgers, in Anspruch nimmt. Unter Hinweis auf diese Tatsache hat der Oberste Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung 1 Ob 199/69 die Sonderregelung des § 6 AHG als verfassungskonform angesehen.“).

⁴⁵⁰ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 6 AHG Rz 7.

⁴⁵¹ Vgl *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 65; *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 6 AHG Rz 8 mwN; OGH 11.5.1993, 1 Ob 2 /93 = ecolex 1993, 521 = ZfRV 1993/83; OGH 23.3.1999, 1 Ob 373/98d = SZ 72/51 = JBl 2000, 307.

⁴⁵² Vgl *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 64.

⁴⁵³ Hingegen ist ein durch Rechtsmittel noch abwendbarer Schaden noch gar nicht entstanden. Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 6 AHG Rz 9.

⁴⁵⁴ OGH 23.3.1999, 1 Ob 373/98d = SZ 72/51 = JBl 2000, 307. Diese Rechtsmittel dienen nicht mehr der Schadensverhinderung, sondern vielmehr der Klärung rechtswidrigen Verhaltens der Behörde; vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 6 AHG Rz 9.

noch abgewendet werden konnte oder nicht.⁴⁵⁵ Sinn und Zweck der Regelung ist, dem Geschädigten die Möglichkeit zu geben, die Frage der Rechtswidrigkeit zunächst im Verwaltungsverfahren zu klären. Es kommt dabei nicht darauf an, ob das Rechtsmittel aussichtsreich erscheint, die Hemmung tritt jedenfalls ein.⁴⁵⁶ Nach der Rsp des OGH kann die Ablaufhemmung sowohl bei der kurzen als auch bei der langen Verjährungsfrist zur Anwendung kommen.⁴⁵⁷

Der Begriff der Rechtskraft wird für die Ablaufhemmung weit ausgelegt. Unter Rechtskraft wird daher nicht nur die formelle Rechtskraft verstanden. Vielmehr werden auch außerordentliche Rechtsmittel wie Beschwerde an den VwGH und VfGH oder außerordentliche Rechtsmittel an den OGH berücksichtigt. Es wird somit darauf abgestellt, ob endgültig über die bekämpfte Entscheidung abgesprochen wurde oder nicht.⁴⁵⁸ Die Rsp hat überdies eine besondere Ablaufhemmung für das Führen von Vergleichsgesprächen zur Bereinigung von Schadenersatzansprüchen entwickelt, wenn diese bis zum Ende der Verjährungsfrist oder darüber hinaus andauern, sodass eine rechtzeitige Klagseinbringung nicht mehr möglich oder zumutbar ist. Die Klagseinbringung muss sodann bei Scheitern der Vergleichsgespräche in angemessener Frist erfolgen.⁴⁵⁹

Als zweite Sonderregel normiert § 6 Abs 1 Satz 3 AHG, dass die Verjährung durch die Aufforderung gemäß § 8 AHG für die dort bestimmte Frist oder, wenn die Aufforderung innerhalb dieser Frist beantwortet wird, bis zur Zustellung dieser Antwort an den Geschädigten gehemmt wird (Fortlaufhemmung). Die Fortlaufhemmung beginnt nach hA mit dem Einlangen eines Aufforderungsschreibens beim Rechtsträger (zum Aufforderungsverfahren siehe unten Punkt 12.8.1) und endet jedenfalls mit Ablauf der drei Monate.⁴⁶⁰

Wenn sich zwei Hemmungsvorschriften so überschneiden, dass eine Frist zur Gänze in der Zeit der anderen liegt, geht der OGH davon aus, dass die kürzere Ablaufhemmung in der

⁴⁵⁵ OGH 23.3.1999, 1 Ob 373/98d mwN = SZ 72/51 = JBl 2000, 307.

⁴⁵⁶ Vgl Paar, Amtshaftungsrecht (2010) 64.

⁴⁵⁷ OGH 19.7.1988, 1 Ob 16/88, aA Vrba-Zechner, Amtshaftungsrecht (1983) 210; vgl Paar, Amtshaftungsrecht (2010) 64.

⁴⁵⁸ Vgl Paar, Amtshaftungsrecht (2010) 64; Schragel, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 6 Rz 226 mwN.

⁴⁵⁹ OGH 23.3.1999, 1 Ob 373/98d mwN = SZ 72/51 = JBl 2000, 307; OGH 20.3.1997, 2 Ob 48/94 = ZVR 1998/89 mwN aus der Rsp.

⁴⁶⁰ Vgl Paar, Amtshaftungsrecht (2010) 65; Mader in Schwimann, ABGB³ VII (2005) § 6 AHG Rz 9; Schragel, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 6 Rz 229 und § 8 RZ 236; kritisch der hA gegenüber Sutterer, Verjährung, in: Holoubek/Lang, Steuersachen (2002) 308 (332).

längeren aufgeht. Es kommt also nicht zu einer Addition sämtlicher Ablaufhemmungsfristen.⁴⁶¹

12.8 Verfahrensrechtliche Durchsetzung von Amtshaftungsansprüchen

Im Folgenden wird ein Überblick über die Durchsetzung von Amtshaftungsansprüchen gegeben. § 9 Abs 1 AHG sieht die Durchsetzung von Amtshaftungsansprüchen durch die ordentlichen Gerichte vor. Sofern nicht in II. Abschnitt des AHG verfahrensrechtliche Besonderheiten für das Amtshaftungsverfahren vorgesehen sind, kommen die allgemeinen Vorschriften der JN und der ZPO, für Regressansprüche auch des ASGG, zur Anwendung.⁴⁶²

12.8.1 Aufforderungsverfahren

12.8.1.1 Allgemeines

Nach § 8 Abs 1 AHG soll der Geschädigte den Rechtsträger, gegen den er einen Amtshaftungsanspruch geltend machen will, zunächst schriftlich auffordern, ihm binnen drei Monaten mitzuteilen, ob er den Anspruch anerkennt bzw den Ersatz ganz oder zum Teil ablehnt.⁴⁶³

Zweck des Aufforderungsverfahrens ist, dem Rechtsträger die Möglichkeit zu geben, interne Untersuchungen durchzuführen, um zu klären, ob aus Sicht des Rechtsträgers ein berechtigter Anspruch vorliegt und damit auch um das Prozesskostenrisiko abzuwägen. Auch für den Geschädigten hat das Aufforderungsverfahren Vorteile, da er auf einem verhältnismäßig wenig aufwendigen Weg zu einem Anerkenntnis des Rechtsträgers gelangen kann. Sofern der Rechtsträger zumindest einen Teil des Schadens anerkennt, ist auch denkbar, dass in diesem Stadium des Verfahrens ein Vergleich geschlossen wird, da sich auch der Geschädigte der Frage stellen muss, ob er das Prozesskostenrisiko bei gerichtlicher Geltendmachung des Anspruchs einzugehen bereit ist oder nicht.⁴⁶⁴ Darüber hinaus bewirkt ein an den richtigen Rechtsträger gerichtetes Aufforderungsschreiben eine Hemmung der Verjährungsfrist

⁴⁶¹ RIS-Justiz RS0122387; OGH 26.6.2007, 1 Ob 53/07m; vgl *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 65.

⁴⁶² Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 8 Rz 235; *Walter*, Bundesverfassungsrecht (1972) 835.

⁴⁶³ Seit der Novelle 1989 stellt das Aufforderungsschreiben gem § 8 Abs 2 AHG keine zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsweges mehr dar, es handelt sich lediglich um eine Sollbestimmung. Daraus ergibt sich, dass die Kosten des Schreibens keine gesondert zu honorierenden vorprozessualen Kosten mehr sind. Es handelt sich vielmehr um ein sonstiges Schreiben mit der Aufforderung eine Forderung zu erfüllen, sodass es nicht die Qualifikation des § 23 Abs 4 RATG erfüllt, sondern mit dem Einheitssatz auch der Aufwand für dieses Schreiben als abgegolten gilt (OLG Wien 18.9.1995, 14 R 122/95; OLG Wien 22.4.1999, 14 R 70/99p = AnwBl 1999/7601).

⁴⁶⁴ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 8 Rz 244.

(§ 6 Abs 1 Satz 3 AHG), sodass der Geschädigte durch die Aufforderung keine Verjährung seiner Ansprüche riskiert und ihm im Falle der Ablehnung durch den Rechtsträger immer noch der Rechtsweg offen steht.⁴⁶⁵ Auch für das Aufforderungsverfahren kann nach den Bestimmungen der ZPO Verfahrenshilfe gewährt werden (§ 8 Abs 1 letzter Satz AHG).⁴⁶⁶

12.8.1.2 Aufforderungsschreiben

Das Aufforderungsschreiben iSd § 8 AHG ist an den Rechtsträger, gegen den Ersatzansprüche geltend gemacht werden (an den *richtigen* Rechtsträger), zu adressieren. Werden Ersatzansprüche gegen den Bund geltend gemacht, ist die Aufforderung an die Finanzprokurator zu richten (§ 1 ProkG iVm § 1 Abs 2 AHV). Die Finanzprokurator ist dazu berufen, zivilrechtliche Erklärungen iSd § 8 AHG abzugeben, die tatsächliche Entscheidung, ob der Anspruch anerkannt oder abgelehnt wird, obliegt aber dem zuständigen Bundesminister.⁴⁶⁷ Die dreimonatige Frist zur Abgabe einer Erklärung (und damit die Hemmung der Verjährung) beginnt erst mit Einlangen bei der Finanzprokurator zu laufen.⁴⁶⁸ Wenn Ersatzansprüche gegen einen anderen Rechtsträger als den Bund geltend gemacht werden, bestehen keine besonderen Regeln, an wen das Aufforderungsschreiben zu adressieren ist. Es gibt insbesondere keine Bestimmung für die Zustellung von Schreiben Geschädigter an einen Rechtsträger. Das Zustellgesetz ist zweifelsohne nicht anwendbar, da dieses gemäß § 1 ZustG nur die Zustellung der von Gerichten und Verwaltungsbehörden in Vollziehung der Gesetze zu übermittelnden Dokumente regelt. Die Aufforderung muss an ein nach außen vertretungsbefugtes Organ des *richtigen* Rechtsträgers adressiert werden, die Vertretungsbefugnis ergibt sich aus der Verfassung des Rechtsträgers bzw aus dem Gesetz. Damit die Zustellung nicht zum unüberwindbaren Hindernis des Aufforderungsverfahrens wird, genügt es, wenn die Zustellung zumindest an ein zur Empfangnahme von Zustellungen ermächtigtes Organ (zB Einlaufstelle) erfolgt.⁴⁶⁹

§ 8 AHG enthält keine näheren Inhaltserfordernisse für die Aufforderung an den Rechtsträger. Für Ersatzansprüche gegen den Bund bestimmt § 1 Abs 2 Amtshaftungsverordnung, dass in

⁴⁶⁵ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 8 Rz 236.

⁴⁶⁶ Der Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe hat keinen Einfluss auf die Verjährung des Ersatzanspruches, diese wird weder gehemmt noch unterbrochen (vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 6 Rz 227 und § 8 Rz 236).

⁴⁶⁷ Vgl *Böhm*, Amtshaftungsverfahren in: *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 235 (243); Der zuständige Bundesminister kann hierfür auch die Stellungnahme nachgeordneter Dienststellen einholen (vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 8 Rz 240).

⁴⁶⁸ OGH 30.6.1976, 1 Ob 10/76 = JBl 1977, 270.

⁴⁶⁹ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 8 Rz 239.

der schriftlichen Aufforderung das rechtswidrige Verhalten, welches den Ersatzanspruch begründet, zu schildern sowie der Ersatzanspruch genau zu beziffern sind. Weiters sollen die Dienststelle, deren Organ sich rechtswidrig verhalten hat, und die Aktenzahl allfälliger Akten der Dienststelle bezeichnet sowie allfällige Urkunden angeschlossen werden. Es stellt sich nun die Frage, ob einem Aufforderungsschreiben hinsichtlich Ersatzansprüchen gegen den Bund die Qualifikation als solches zukommt, wenn die Inhaltserfordernisse des § 1 Abs 2 Amtshaftungsverordnung nicht erfüllt sind. *Schragel* führt hierzu aus, dass es wohl nur auf § 8 AHG ankomme, sodass auch bei Fehlen weiterer Angaben die dreimonatige Frist in Gang gesetzt wird und die Verjährung gehemmt wird.⁴⁷⁰ *Böhm* geht bei der Frage nach der sachlichen Rechtfertigung von § 1 Abs 2 Amtshaftungsverordnung von der ratio des § 8 AHG aus. Damit ein Rechtsträger sich mit der Frage nach der materiellen Berechtigung des Ersatzanspruches auseinandersetzen kann, muss der Geschädigte den Anspruch individualisieren. Der Geschädigte muss zumindest in Grundzügen den rechtserzeugenden Sachverhalt wiedergeben und das rechtswidrige Organverhalten darlegen. Ebenso muss der Geschädigte die Höhe des Anspruches, also den konkreten Betrag, den er vom Rechtsträger verlangt, angeben. Dadurch sind zugleich jene Identitätsmerkmale bezeichnet, anhand deren geprüft werden kann, ob Anspruchsidentität zwischen Aufforderung und Klage gewahrt ist.⁴⁷¹ Auch nach Ansicht des OGH dürfen die Anforderungen an die Aufforderung nicht überspitzt werden.⁴⁷² Wenn der Kläger in der Aufforderung die Ersatzansprüche genau beziffert und auch das schuldhaft organisierte Handeln beschrieben hat sowie Anspruchsidentität zwischen Aufforderung und Klage gegeben ist, kann an der Erfüllung des § 8 AHG kein Zweifel sein.⁴⁷³ Die Grundsätze der Amtshaftungsverordnung sind sinngemäß auch für Aufforderungsschreiben an andere Rechtsträger als an den Bund (die Finanzprokuratur) anwendbar.⁴⁷⁴

Der Rechtsträger kann innerhalb der dreimonatigen Frist den Ersatzanspruch (ganz oder teilweise) anerkennen oder verweigern. Die Abgabe einer Erklärung kann ebenso unterlassen werden.⁴⁷⁵ Bei der Erklärung, mit welcher der Rechtsträger die Ersatzansprüche anerkennt bzw den Ersatz ablehnt, handelt es sich um eine privatrechtliche Willenserklärung und um

⁴⁷⁰ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 8 Rz 237; aA *Vrba-Zechner*, Amtshaftungsrecht (1983) 223 f.

⁴⁷¹ Vgl *Böhm*, Amtshaftungsverfahren in: *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 235 (246).

⁴⁷² RIS-Justiz RS0050426.

⁴⁷³ OGH 15.11.1989, 1 Ob 33/89.

⁴⁷⁴ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 8 Rz 237; *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 8 AHG Rz 4.

⁴⁷⁵ Vgl *Walter*, Bundesverfassungsrecht (1972) 834.

keinen Bescheid.⁴⁷⁶ Ungeregt ist jener Fall, in dem der Rechtsträger zwar den Anspruch anerkennt, aber keine Zahlung leistet. Bei Vorliegen eines Anerkenntnis ist nämlich die Beschreitung des ordentlichen Rechtsweges zur Durchsetzung von Amtshaftungsansprüchen unzulässig, die mangelhafte Erfüllung des Anerkenntnis wird wohl aber nach den allgemeinen Regeln über die Durchsetzung von Anerkenntnissen im Zivilrechtsweg (§ 1 JN) erfolgen können.⁴⁷⁷

12.8.1.3 Rechtsfolgen der Unterlassung der Aufforderung

Bis zur Novelle 1989⁴⁷⁸ hat die Unterlassung der Aufforderung des Rechtsträgers die Unzulässigkeit des Rechtsweges zur Folge. Nunmehr kann die Unterlassung lediglich zu einem Kostenersatzanspruch nach § 45 ZPO⁴⁷⁹ des beklagten Rechtsträgers führen (§ 8 Abs 2 AHG). Wenn für den Geschädigten klar ist, dass der Rechtsträger den Ersatzanspruch nicht anerkennen wird, kann eine Aufforderung sanktionslos unterbleiben. Der Kostenersatzanspruch nach § 45 ZPO kommt auch im Falle einer unzureichend begründeten Aufforderung, einer vor Ablauf der dreimonatigen Frist erhobenen Klage sowie einer Klagsenerweiterung bei anhängigem Verfahren zur Anwendung.⁴⁸⁰

Der Gesetzestext des § 8 Abs 2 AHG spricht von Kostenersatz „für die Dauer von drei Monaten ab Geltendmachung, längstens aber bis zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung“. Diese Formulierung ist insofern unklar, als nicht deutlich hervorgeht, ob der Gesetzgeber die dreimonatige Frist auch bei Klagsenerhebung ohne Aufforderungsverfahren einräumen wollte. Der Zweck des Gesetzes ist darin zu sehen, dem Rechtsträger drei Monate Zeit zu geben, um zu entscheiden, ob er den Ersatzanspruch anerkennt oder nicht, sodass ein Ersatzanspruch vor Ablauf von drei Monaten nicht fällig ist. Erst nach Ablauf dieser drei Monate kann entschieden werden, ob Kostenersatz nach § 45 ZPO zusteht. Diese Bestimmung wird daher so zu verstehen sein, dass der Gesetzgeber dem Rechtsträger

⁴⁷⁶ Vgl *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht³ (1996) 767; *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht³ (1987) 442.

⁴⁷⁷ Es ist davon auszugehen, dass es sich bei einem vom Rechtsträger abgegebenen Anerkenntnis um ein konstitutives Anerkenntnis handelt, sodass bei der Durchsetzung im Rechtsweg nur mehr das Vorliegen eines Anerkenntnisses - und nicht mehr der Grund (Unterschied zum deklarativen Anerkenntnis) - zu prüfen ist. Vgl *Walter*, Bundesverfassungsrecht (1972) 835.

⁴⁷⁸ Art XXII Erweiterte Wertgrenzen-Novelle 1989 BGBl Nr. 343/1989.

⁴⁷⁹ § 45 Satz 1 ZPO normiert, dass der Kläger einem Beklagten, der durch sein Verhalten keine Veranlassung zur Klagsführung gegeben und den in der Klage erhobenen Anspruch sofort bei erster Gelegenheit anerkennt, die Prozesskosten zu ersetzen hat. Nach Satz 2 hat der Kläger dem Beklagten auch die durch das eingeleitete gerichtliche Verfahren verursachten Kosten zu ersetzen. Darunter sind jene Kosten zu verstehen, die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig sind (vgl *Bydlinski* in *Fasching/Konecny*² II/1 § 45 ZPO Rz 11).

⁴⁸⁰ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 8 AHG Rz 2.

denselben Zeitrahmen zu einer Entscheidungsfindung zur Verfügung stellen wollte wie nach § 8 Abs 1 AHG, sodass Kostenersatz nach § 45 ZPO entsteht, wenn der Rechtsträger den Anspruch innerhalb von drei Monaten anerkennt oder erfüllt.⁴⁸¹ Eindeutig geht aus dem Gesetzeswortlaut des § 8 Abs 2 AHG hervor, dass die Kostenfolge des § 45 ZPO nur dann eintritt, wenn der Rechtsträger den Ersatzanspruch zur Gänze anerkennt oder erfüllt. Wird also auch nur ein geringer Teil des Ersatzes bestritten, findet § 8 Abs 2 AHG keine Anwendung.

Ferner ist zu beachten, dass zwar die Unterlassung der Aufforderung sowie ein unzureichend formuliertes Aufforderungsschreiben nicht mehr die Unzulässigkeit des Rechtsweges mit sich bringen, allerdings durch die nicht erfüllte Aufforderung (aus welchen Gründen auch immer) keine Hemmung der Verjährung eintritt. Bei Unterlassen der Aufforderung wird dem Geschädigten die Gefahr der Verjährung (hoffentlich) bewusst sein, problematischer sind allerdings jene Situationen, in denen man glaubt, ein ausreichend begründetes Aufforderungsschreiben an den Rechtsträger gerichtet zu haben und dadurch die Verjährungsfrist gehemmt zu wissen. Um die Rechtzeitigkeit der Klage beurteilen zu können, muss also das Gericht prüfen, ob das vermeintliche Aufforderungsschreiben als Schreiben im Sinne des § 8 AHG zu qualifizieren ist und damit die Hemmungswirkung des § 6 Abs 2 AHG eingetreten ist.⁴⁸² Wenn auch die Bedeutung der schriftlichen Aufforderung an den Rechtsträger, Ersatzansprüche anzuerkennen, insgesamt abgenommen hat, ist das Aufforderungsverfahren für die Frage der Verjährung nach wie vor von Bedeutung.

12.8.2 Amtshaftungsverfahren

12.8.2.1 Zuständigkeit

Das AHG regelt sowohl die sachliche als auch die örtliche Zuständigkeit zur Durchführung von Amtshaftungsverfahren. § 9 Abs 1 AHG normiert die ausschließliche sachliche Zuständigkeit der Landesgerichte. Örtlich ist die Klage bei jenem Landesgericht einzubringen, in dessen Sprengel die Rechtsverletzung eingetreten ist.⁴⁸³ Die Vereinbarung der Zuständigkeit eines anderen Landesgerichtes ist zulässig, nicht hingegen die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Bezirksgerichtes.⁴⁸⁴ Bezirksgerichte sind in

⁴⁸¹ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 8 Rz 244.

⁴⁸² Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 8 Rz 237.

⁴⁸³ Vgl *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht³ (1996) 767; *Ballon* in *Fasching*² I § 1 JN Rz 210 („Eigenzuständigkeit“).

⁴⁸⁴ Vgl *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 69 mwN.

Amtshaftungssachen jedenfalls nie zuständig. Aufgrund der ausschließlichen Zuständigkeit gem § 9 Abs 1 AHG kommt der Wahlgerichtsstand nach § 86a JN (sog „Prokuratorgerichtsstand“) nicht zur Anwendung.⁴⁸⁵ Wird allerdings ein Anspruch aus einer Verfügung des Präsidenten eines Gerichtshofes erster Instanz oder eines Oberlandesgerichts oder aus einem kollegialen Beschluss eines dieser Gerichtshöfe abgeleitet, die nach den Bestimmungen des AHG unmittelbar oder im Instanzenzug zur Entscheidung zuständig wären, wird gemäß § 9 Abs 4 AHG die Zuständigkeitsordnung durchbrochen. In diesem Fall ist ein anderes Gericht gleicher Gattung vom übergeordneten Gericht zu bestimmen.⁴⁸⁶

Die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruches des Geschädigten gegen das Organ eines in § 1 Abs 1 AHG genannten Rechtsträgers ist wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges ausgeschlossen.⁴⁸⁷

12.8.2.2 Unterbrechung des Amtshaftungsverfahrens

Das Amtshaftungsgericht hat Vorfragen, also jene Fragen, deren Beurteilung für die Lösung einer anderen Frage logische Voraussetzung ist, grundsätzlich selbst zu beantworten. Ausgenommen von der Beurteilung des Amtshaftungsgerichts ist aber jedenfalls die Beurteilung der Vorfrage der Rechtswidrigkeit eines Bescheides. Das Amtshaftungsgericht darf diese Vorfrage nicht eigenständig prüfen, sondern muss das Verfahren gem § 11 AHG unterbrechen und die Entscheidung des VfGH zu dieser Vorfrage einholen. Zweck der Bestimmung ist die Wahrung des Monopols des VfGH hinsichtlich der Prüfung von Bescheiden.⁴⁸⁸ Im Übrigen gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 190 ff ZPO.⁴⁸⁹

Ist die Entscheidung eines Amtshaftungsverfahrens von der Frage der Rechtmäßigkeit eines Bescheides abhängig, über welche noch kein Erkenntnis des VfGH oder des VfGH vorliegt, und hält das Amtshaftungsgericht diesen Bescheid für rechtswidrig, hat das Gericht, sofern

⁴⁸⁵ Vgl *Simotta* in *Fasching*² I § 86a JN Rz 4 mwN; *Mayr* in *Rechberger*, ZPO³ § 86a JN Rz 1.

⁴⁸⁶ Vgl *Simotta* in *Fasching*² I § 92a JN Rz 15; Mit dieser Bestimmung soll der Anschein der Befangenheit von Richtern vermieden werden (vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 9 Rz 255). Es handelt sich um einen Fall notwendiger Delegation (vgl *Simotta* in *Fasching*² I § 30 JN Rz 2).

⁴⁸⁷ Vgl *Simotta* in *Fasching*² I § 92a JN Rz 15; vgl auch *Klauser/Kodek*, ZPO¹⁶ (2006) § 1 JN E 88: „eine unmittelbare Haftung des Organs gegenüber dem Geschädigten ist ausgeschlossen“. Zum Ausschluss der direkten Inanspruchnahme eines Amtssachverständigen als Organ iSd AHG siehe RIS-Justiz RES0000066.

⁴⁸⁸ Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998) Rz 27.092. Zur Vorfragen-Problematik im Zivilprozess siehe *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ (2010) Rz 892ff sowie *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht (2011) Rz 803 ff. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 11 Abs 1 AHG siehe VfSlg 8202/1977 (Keine verfassungsgesetzlichen Bedenken des VfGH). In diesem Zusammenhang wird die Unterbrechung bei Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Verordnung außer Acht gelassen.

⁴⁸⁹ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 11 AHG Rz 2; *Böhm*, Amtshaftungsverfahren in: *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 235 (260 f).

die Klage nicht wegen Verletzung der Rettungspflicht gem § 2 Abs 2 AHG abzuweisen ist, das Verfahren gem § 11 Abs 1 erster Satz AHG zu unterbrechen und beim VwGH die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides gem Art 131 Abs 2 B-VG zu begehren. Bei Unterbrechung des Amtshaftungsverfahrens und Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des Bescheides durch den VwGH hat das Gericht „den Rechtsstreit unter Bindung an die Rechtsanschauung“ des VwGH zu entscheiden (§ 11 Abs 1 letzter Satz AHG). „Abhängigkeit“ iSd § 11 Abs 1 AHG bedeutet, dass das Gericht zunächst zu prüfen hat, ob die Entscheidung über den Anspruch einzig von der Frage der Rechtswidrigkeit abhängt. Ist der Anspruch schon aus einem anderen Grund (zB Fehlen eines Schadens oder der Kausalität) zu verneinen, muss das Amtshaftungsverfahren nicht unterbrochen werden.⁴⁹⁰

Wenn der Bescheid schon Gegenstand eines Erkenntnisses des VfGH oder VwGH war, ist keine Unterbrechung des Amtshaftungsverfahrens vorgesehen. Aus § 11 Abs 1 AHG ergibt sich, dass das Amtshaftungsgericht an bereits vorliegende Erkenntnisse der beiden Höchstgerichte gebunden ist. Diese Bindungswirkung umfasst neben dem Spruch auch die Entscheidungsgründe.⁴⁹¹ Es stellt sich nun die Frage, wann ein Bescheid „Gegenstand eines Erkenntnisses“ war, konkret, ob auch die Anfechtung eines Bescheides wegen eines Verfahrensmangels eine Unterbrechung nach § 11 AHG ausschließt. Nach der Rsp des VwGH ist § 11 Abs 1 AHG nämlich auch dann nicht anzuwenden, wenn sich ein vorliegendes VwGH-Erkenntnis gar nicht mit der Frage der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides auseinandergesetzt hat, sondern lediglich hinsichtlich des Vorliegens von Verfahrensfehlern geprüft wurde.⁴⁹² Die Lehre spricht sich gegen die Rsp des VwGH mit der Begründung aus, dass für die Nichtanwendung von § 11 Abs 1 AHG Gegenstand des Erkenntnisses die Frage der Rechtmäßigkeit sein muss und damit tatsächlich über die Frage der Rechtswidrigkeit entschieden werden muss.⁴⁹³

⁴⁹⁰ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 11 Rz 270.

⁴⁹¹ Vgl *Mader* in *Schwimmann*, ABGB³ VII (2005) § 11 AHG Rz 8; Zur Bindungswirkung der Entscheidungsgründe siehe OGH 22.10.2001, 1 Ob 262/01p = *ecolex* 2002/95.

⁴⁹² VwGH 5.10.1971, 104/70 = *ÖJZ* 1972, 417.

⁴⁹³ Vgl *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 73 mwN. In diesem Sinne kritisiert auch *Schragel* die Rsp des VwGH „Diese Auffassung wurde mit Recht als bedenklich angesehen, weil § 11 Abs 1 AHG auf eine „Rechtswidrigkeit, über die noch kein Erkenntnis vorliegt“, abstellt, über eine noch nicht geprüfte Gesetzeswidrigkeit aber noch kein Erkenntnis vorliegen kann.“ (*Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 11 Rz 274). Umstritten ist auch wie bei Bescheiden, die aufgrund der Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte für rechtswidrig erachtet werden, vorzugehen ist (Antragstellung an den VwGH, den VfGH oder selbstständige Beurteilung durch das Amtshaftungsgericht): vgl dazu *Mader* in *Schwimmann*, ABGB³ VII (2005) § 11 AHG Rz 3 (Vorzug der Antragstellung an den VwGH).

Eine Anrufung des VwGH kann aber dann unterbleiben, wenn das Amtshaftungsgericht gar keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Bescheides hat, sodass die Verneinung der Rechtswidrigkeit selbstständig vorgenommen werden darf.⁴⁹⁴ Eine Unterbrechung nach § 11 Abs 1 AHG ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Bescheid in einer Angelegenheit erlassen wurde, die nach Art 133 B-VG nicht in die Zuständigkeit des VwGH fällt (§ 11 Abs 2 AHG). In diesen Fällen obliegt die Frage der Rechtmäßigkeit dem Amtshaftungsgericht. Weiters obliegt der selbstständigen Beurteilung des Amtshaftungsgerichts die Frage der Rechtswidrigkeit faktischer Amtshandlungen und Realakte sowie von Unterlassungen, ebenso die Beurteilung von Rechtswidrigkeiten im Bereich der Gerichtsbarkeit.⁴⁹⁵

Die Unterbrechung des Amtshaftungsverfahrens erfolgt mit Beschluss, welcher mit Rekurs anfechtbar ist. Das Verfahren vor dem VwGH ist in §§ 64 ff VwGG geregelt. Der Antrag des Amtshaftungsgerichts hat nach § 65 Abs 2 VwGG den angefochtenen Bescheid sowie jene Punkte zu bezeichnen, deren Überprüfung begehrt werden. An die geltend gemachten Beschwerdegründe ist der VwGH nicht gebunden, ebenso wenig an die Rechtsanschauung des Gerichts. Der Akt ist dem Antrag anzuschließen. Parteien des Verfahrens vor dem VwGH sind gem § 64 VwGG das antragstellende Gericht, die Bescheid erlassende Behörde und die Parteien des Amtshaftungsverfahrens.⁴⁹⁶

Das Gericht hat nach Einlangen des Erkenntnisses des VwGH das Amtshaftungsverfahren fortzusetzen. Die Bindung des Gerichts an die Rechtsanschauung des VwGH ergibt sich aus § 11 Abs 1 letzter Satz AHG.⁴⁹⁷ Nach der Rsp des OGH ist das Gericht – unabhängig davon, ob bloß die Rechtswidrigkeit des Bescheids gem § 67 VwGG festgestellt oder der Bescheid wegen Rechtswidrigkeit gem § 42 VwGG aufgehoben wurde –, an die Feststellungen des VwGH gebunden.⁴⁹⁸

Weitere Unterbrechungsgründe für das Amtshaftungsverfahren normiert § 12 AHG. Das Amtshaftungsgericht kann das Verfahren nämlich auch dann unterbrechen, wenn das Ergebnis eines bereits eingeleiteten Disziplinarverfahrens für das Amtshaftungsverfahren

⁴⁹⁴ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 11 Rz 140, 143, 274; auch *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 11 AHG Rz 9: Wird der gegenständlichen Bescheid durch ein späteres Erkenntnis des VfGH oder VwGH aufgehoben, kann eine Wiederaufnahme des Amtshaftungsverfahrens erfolgen.

⁴⁹⁵ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 11 AHG Rz 11.

⁴⁹⁶ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 11 AHG Rz 5 f.

⁴⁹⁷ Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 11 AHG Rz 7 ff.

⁴⁹⁸ RIS-Justiz RS0082345.

voraussichtlich von Bedeutung ist sowie wenn eine staatsrechtliche Anklage (Art 142, 143 B-VG) vor dem VfGH anhängig ist.⁴⁹⁹ An dieses Erkenntnis des VfGH ist das Amtshaftungsgericht, ebenso wie an ein sonstiges rechtskräftiges gerichtliches Straferkenntnis über das Verschulden eines Organs, gem § 12 Abs 2 AHG gebunden.⁵⁰⁰

12.8.2.3 Beweiserleichterung im Amtshaftungsverfahren

Nach § 2 Abs 1 AHG muss zur Geltendmachung des Ersatzanspruches „ein bestimmtes Organ nicht genannt werden“. Der Geschädigte hat lediglich zu beweisen, dass der Schaden nur durch ein rechtswidriges Verhalten *eines* dem beklagten Rechtsträger zuordenbares Organ verursacht werden konnte.⁵⁰¹ Der Amtshaftungskläger muss daher das Organ weder benennen noch individualisieren, sodass sich der beklagte Rechtsträger nicht darauf berufen kann, dass er sich mangels Individualisierung des Organs bei diesem nicht regressieren könne.⁵⁰² Diese Bestimmung stellt eine prozessuale Entlastung des Amtshaftungsklägers dar und bewirkt keinesfalls eine Aufhebung oder Abschwächung des im Amtshaftungsverfahren maßgebenden Verschuldensprinzips.⁵⁰³ Zur Beweislastverteilung im Amtshaftungsrecht siehe oben die Punkte 12.6.7.1, 12.6.8.1 und 12.6.9.4.

12.8.2.4 Verschwiegenheit und Öffentlichkeit

Nach § 13 Abs 1 AHG sind im Amtshaftungsverfahren weder das Organ noch die als Zeugen oder Sachverständige zu vernehmenden Personen zu Wahrung des Amtsgeheimnisses verpflichtet. Diese Bestimmung gilt als Sondervorschrift und setzt andere Bestimmungen über Geheimhaltungspflichten außer Kraft.⁵⁰⁴ Der Wahrung des Amtsgeheimnisses im Amtshaftungsverfahren dienen ausschließlich die in Abs 2 und Abs 3 des § 13 AHG

⁴⁹⁹ Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998) Rz 27.092.

⁵⁰⁰ Vgl *Walter*, Bundesverfassungsrecht (1972) 837: An die Entscheidung der Disziplinarbehörde ist das Gericht allerdings nicht gebunden (e contrario zur Bindungswirkung des VfGH-Erkenntnis in § 12 Abs 2 AHG), sodass der Zweck der Unterbrechungsmöglichkeit bei gleichzeitiger Anhängigkeit eines Disziplinarverfahrens höchst fraglich ist.

⁵⁰¹ Vgl *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht³ (1996) 767.

⁵⁰² OGH 1.4.1992, 1 Ob 9/92 = SZ 65/2 = JBl 1992, 649 (Apathy) = ZfRV 1993,125 = ZVR 1993/126.

⁵⁰³ Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998) Rz 27.091. So sprechen auch die Materialien zum AHG (AB 515 BlgNR 5. GP) davon, dass diese Bestimmung der Beweiserleichterung des Klägers dient und der Beweis genügt, dass der Schaden nur „durch die Rechtsverletzung eines Organes des beklagten Rechtsträgers entstanden sein konnte“.

⁵⁰⁴ Vgl *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010) 78. Die OBDK sprach aus, dass § 13 Abs 1 AHG als *lex specialis* § 79 DSt in Bezug auf Geheimhaltung außer Kraft setzt, sodass der Übermittlung eines Disziplinaraktes an das Amtshaftungsgericht keine Verschwiegenheitspflicht entgegensteht (OBDK 7.5.2001, 5 Bkd 3/00 = AnwBl 2001/7761).

genannten Fälle.⁵⁰⁵ Nach § 13 Abs 2 AHG ist auf Antrag einer Partei der Ausschluss der Öffentlichkeit von der Verhandlung zu verfügen, wenn Tatsachen erörtert oder bewiesen werden müssen, die sonst durch das Amtsgeheimnis gewahrt werden würden. Darüber hinaus kann das Gericht auf Antrag einer Partei den anwesenden Personen die Pflicht auferlegen, Tatsachen, die sonst durch das Amtsgeheimnis gedeckt wären, geheimzuhalten (§ 13 Abs 3 AHG). Diese Pflichtauferlegung erfolgt durch Beschluss und hat die geheimzuhaltenden Tatsachen genau zu bezeichnen.⁵⁰⁶ Die Pflichtverletzung wird strafrechtlich sanktioniert.⁵⁰⁷

12.8.2.5 Immunsierende Wirkung des § 9 Abs 5 AHG

Nach § 9 Abs 5 AHG kann der Geschädigte einen Ersatzanspruch wegen eines in Vollziehung des Gesetzes zugefügten Schadens eines Organ iSd § 1 Abs 1 AHG gegen dieses nicht im ordentlichen Rechtsweg geltend machen. Eine gegen das Organ selbst gerichtete Klage ist wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen oder auf Antrag zurückzuweisen.⁵⁰⁸ Die Reichweite der immunisierenden Wirkung des § 9 Abs 5 AHG ist mit der Reichweite eines Ersatzanspruches gegen den Rechtsträger begrenzt (Schutzzweck der Norm).⁵⁰⁹

Durch § 9 Abs 5 AHG soll zweifellos ein deliktischer Haftungsanspruch⁵¹⁰ gegen das Organ ausgeschlossen werden; zu einer allfälligen vertraglichen Haftung siehe Punkt 12.8.2.5.1. § 9 Abs 5 AHG verwehrt dem Geschädigten die direkte Verfolgung des Organs auch dann, wenn dieser seinen Anspruch primär auf die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen (§§ 1295 ff ABGB) stützt.⁵¹¹ Wenn ein (deliktischer) Schaden durch einen fehlerhaften Hoheitsakt entstanden ist, sind daraus ausschließlich Amtshaftungsansprüche geltend zu machen. Das ergibt sich aus der abschließenden Regelung des § 1 Abs 1 AHG zur Frage der Rechtsträgerhaftung für ihre Organe, einschließlich beliehener Unternehmen. Diese

⁵⁰⁵ RIS-Justiz RS0115023.

⁵⁰⁶ Vgl Paar, Amtshaftungsrecht (2010) 79.

⁵⁰⁷ Vgl Böhm, Amtshaftungsverfahren in: Aicher, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 235 (260).

⁵⁰⁸ Vgl Klauser/Kodek, ZPO¹⁶ (2006) § 1 JN E 88 unter Hinweis auf OLG Wien 13.9.2001, 17 R 172/01s = EFSlg 97.840 sowie Mader in Schwimann, ABGB³ VII (2005) § 9 AHG Rz 9: „Das gilt auch, wenn das Organ eine Haftungserklärung oder ein Anerkenntnis abgegeben hat.“ („amtshaftungsrechtliche Immunität des Organs“). LG Eisenstadt 3.3.2005; 13 R 330/04h.

⁵⁰⁹ Vgl Mader in Schwimann, ABGB³ VII (2005) § 9 AHG Rz 12.

⁵¹⁰ OGH 12.10.2004, 1 Ob 296/03s = Jbl 2005, 387 = ZVR 2005, 77 (Danzl) = SZ 2004/145.

⁵¹¹ RIS-Justiz RS0050139.

Bestimmung geht als *lex specialis* den allgemeinen Bestimmungen des Schadenersatzrechts vor.⁵¹²

Nach Ansicht des OGH ist für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsweges nach § 9 Abs 5 AHG der Streitgegenstand maßgebend.⁵¹³ Der Streitgegenstand des österreichischen Zivilprozesses ist nach hA zweigliedrig, er bestimmt sich auf Grund des Sachantrages und der Tatsachengrundlage (Tatsachenbehauptungen zur Begründung des Sachantrages).⁵¹⁴ Die rechtliche Beurteilung obliegt allein dem Gericht, da nach hA das Gericht an die in der Klage getroffenen rechtlichen Qualifikationen des Klägers nicht gebunden ist.⁵¹⁵ Nach der Rsp des OGH bedeutet das für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsweges einer direkten Klage gegen das Organ, dass diese nur zulässig ist, wenn der Rechtsgrund durch entsprechende Tatsachenbehauptungen vorgetragen wird, welcher eine Inanspruchnahme des beklagten Organs ungeachtet der Bestimmungen der § 1 Abs 1 iVm § 9 Abs 5 AHG zulässt. Es kommt dabei eben gerade nicht auf eine entsprechende Rechtsbehauptung sondern auf den geltend gemachten, ausschließlich vom Gericht zu beurteilenden, Streitgegenstand an. Inhaltlich muss daher geprüft werden, ob der Kläger das Organ aus einem Hoheitsakt in Anspruch nimmt. Dabei ist unbeachtlich, ob sich die Inanspruchnahme aus einem Hoheitsakt bereits aus der Klagserzählung oder erst im Laufe des Prozesses zeigt. Die Unzulässigkeit des Rechtsweges ist als absolutes Prozesshindernis in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen wahrzunehmen.⁵¹⁶ Stellt sich also heraus, dass der Beklagte in Vollziehung der Gesetze gehandelt hat, ist die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückzuweisen.

Nach der bisher herrschenden Rsp des OGH waren von der immunisierenden Wirkung des § 9 Abs 5 AHG nur physische Personen, die als Organ in Anspruch genommen werden, umfasst. Beliehene und in Pflicht genommene Unternehmen waren nach der bisherigen Rsp von dieser Wirkung nicht umfasst, sehr wohl aber die für sie handelnden physischen

⁵¹² RIS-Justiz RS0082339; OGH 6.7.2010, 1 Ob 121/09i = *ecolx* 2010/352 (956).

⁵¹³ OGH 27.2.1996, 1 Ob 1/96 = SZ 69/49.

⁵¹⁴ Vgl *Fasching* in *Fasching/Konecny*² III Vor §§ 226 ff ZPO Rz 23, 25, 40; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO³ Vor §§ 226 ff ZPO Rz 15.

⁵¹⁵ Vgl *Fasching* in *Fasching/Konecny*² III Vor §§ 226 ff ZPO Rz 45; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO³ Vor §§ 226 ff ZPO Rz 16; *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*⁸ (2010) Rz 389; *Ballon*, *Zivilprozessrecht*¹² (2009) Rz 174; OGH 30.1.1996, 1 Ob 50/95; OGH 30.1.1996, 1 Ob 8/96, OGH 6.7.2010, 1 Ob 121/09i = *ecolx* 2010/352 (956).

⁵¹⁶ OGH 30.1.1996, 1 Ob 50/95; OGH 26.2.2009, 1 Ob 176/08a: „Dieser Nichtigkeitsgrund kann vom Revisionsgericht aber nur aus Anlass eines zulässigen Rechtsmittels aufgegriffen werden, soweit dem keine Gegenteilige bindende berufungsgerichtliche Entscheidung entgegensteht.“ In der gegenständlichen Entscheidung war aber Letzteres der Fall, da das Berufungsgericht im ersten Rechtsgang den Rechtsweg für zulässig erklärt hat und keine Anfechtung durch die Parteien erfolgte.

Personen. Zweck der Immunität sei es, Einflussnahme auf diese Organe zu verhindern.⁵¹⁷ *Schragel* kritisierte, dass der Rechtsweg nach der Ansicht des OGH zwar zulässig sei, wenn eine juristische Person des Privatrechts, die mit der Vollziehung von hoheitlichen Aufgaben ermächtigt wurde, in Anspruch genommen wird, der Unterschied zur Rsp hinsichtlich physischen Personen, die hoheitlich tätig werden, liege allerdings nur darin, dass im ersten Fall die Klage mangels Passivlegitimation abzuweisen und im zweiten Fall wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückzuweisen sei. In beiden Fällen ist der Anspruch gegen den Rechtsträger zu richten. Aus diesem Grund spricht sich *Schragel* für eine ausdehnende Auslegung des § 9 Abs 5 AHG aus, zumal der Gesetzgeber im Jahr 1949 nicht bedachte, dass durch spätere Gesetze auch juristische Personen des Privatrechts mit der Vollziehung von Hoheitsakten betraut werden können. Es läge daher nahe, die immunisierende Wirkung des § 9 Abs 5 AHG auch auf beliebige Unternehmen zu erstrecken, sodass diese vom Geschädigten nicht in Anspruch genommen werden können. Eine Sonderstellung nehmen jene juristischen Personen (zB Unternehmen nach §§ 57, 57a KFG) ein, welche mit dem Geschädigten auch in vertraglicher Beziehung stehen, aus welcher sie unabhängig von Amtshaftung in Anspruch genommen werden können (siehe sogleich unten). Für diese weite Auslegung des § 9 Abs 5 AHG spricht auch § 57b KFG, wonach der Rückersatzanspruch des Rechtsträgers gegenüber dem gem § 57 Abs 4 KFG oder gem § 57a Abs 2 KFG zur Begutachtung Ermächtigten auch dann besteht, wenn es sich dabei nicht um eine natürliche Person handelt. Der Gesetzgeber will (zumindest im Rahmen des KFG) also physische und juristische Personen gleich behandelt wissen.⁵¹⁸ In einer Glosse zu 7 Ob 175/06w schließt sich *Schmaranzer* der Ansicht von *Schragel* an und tritt für eine grundlegende Wandlung des Organbegriffs ein.⁵¹⁹

Im Jahr 2009 änderte der OGH unter Berufung auf die soeben aufgezeigten Lehrmeinungen seine Rsp zur Unzulässigkeit des Rechtswegs mit der Entscheidung 1 Ob 176/08a⁵²⁰ dahingehend, dass die bisherige Unterscheidung zwischen physischen und juristischen Personen in Bezug auf die Unzulässigkeit des Rechtswegs iSd § 9 Abs 5 AHG nicht aufrecht

⁵¹⁷ OGH 27.3.2001, 1 Ob 25/01k = ÖJZ-LSK 2001/182 = EvBl 2001/159 S 689 - EvBl 2001, 689 = JBl 2001, 722 = RdW 2001, 591 = Jus-Extra OGH-Z 3193 = ÖZW 2002/59 = SZ 74/55.

⁵¹⁸ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 9 Rz 258.

⁵¹⁹ OGH 11.10.2006, 7 Ob 175/06w = JBl 2007, 389 (*Schmaranzer*).

⁵²⁰ OGH 26.2.2009, 1 Ob 176/08a = Zak 2009/274 S 178 - Zak 2009, 178 = Rabl, ecolex 2009, 579 = ecolex 2009/221 S 590 - ecolex 2009, 590 = JBl 2009, 520 = RdM-LS 2009/42 (Zeinhofer) = RZ 2009, 195 EÜ288 - RZ 2009 EÜ288 = ZVR 2010/43 S 79 (Danzl, tabellarische Übersicht) - ZVR 2010, 79 (Danzl, tabellarische Übersicht) = RdW 2009/503 S 524 - RdW 2009, 524. Vgl zu dieser E auch *Rabl*, Amtshaftungsimmunität für beliebige juristische Personen! ecolex 2009, 579.

erhalten wird. Die Unzulässigkeit des Rechtsweges gem § 9 Abs 5 AHG gelte nunmehr auch analog gegenüber juristischen Personen des Privatrechts (hier: Aktiengesellschaft), die mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind. Die Bestimmung beruht auf der Intention des Gesetzgebers, dass Ansprüche des Geschädigten durch den Rechtsträger ausreichend gesichert sind. Dasselbe muss auch in Bezug auf das Tätigwerden von beliehenen bzw in die Pflicht genommenen Unternehmen gelten. Im Jahr 1949 hat es noch keine gesetzliche Möglichkeit gegeben, Unternehmen zur Setzung von Hoheitsakten zu ermächtigen, sodass es keine Veranlassung für den Gesetzgeber zur Unzulässigerklärung des ordentlichen Rechtsweges hinsichtlich beliehener Unternehmen gab.

Im Jahr 2011 sprach der erkennende Senat zu GZ 1 Ob 224/10p⁵²¹ aus, dass auch für (deliktische) Klagen gegen Personengesellschaften (hier: Kommanditgesellschaft), die für hoheitliches Handeln in die Pflicht genommen oder beliehen wurden, nunmehr wegen § 105 zweiter Satz UGB⁵²² nichts anderes gelten kann.

Im Ergebnis sind daher nach neueren Rsp Klagen gegen beliehene oder in Pflicht genommene juristische Personen des Privatrechts sowie gegen Personengesellschaften, soweit sie aus fehlerhaften Hoheitsakten in Anspruch genommen werden, wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges iSd § 9 Abs 5 AHG zurückzuweisen.

12.8.2.5.1 Ausnahmen von der Organimmunität gem § 9 Abs 5 AHG

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass ein Direktanspruch gegen das Organ dann möglich erscheint, wenn die Geltendmachung des Rechtsgrunds, auf den sich der Geschädigte (auch) stützt, unabhängig von einem Amtshaftungsanspruch zulässig ist. Das gilt es im Folgenden zu erörtern, da diese Frage auch für Sachverständige von großer Bedeutung ist, zumal insbesondere im Bereich der wiederkehrenden Begutachtung gem §§ 55 Abs 4, 57a Abs 2 KFG ein weiterer Rechtsgrund (Werkvertrag) neben Amtshaftung naheliegend ist. So ist auch die Haftung des Rauchfangkehrers aus dem privatrechtlichen Kehrvertrag in der Rsp des OGH anerkannt, da sich die immunisierende Wirkung des § 9 Abs 5 AHG nicht auf eine zusätzliche bestehende vertragliche Haftung erstreckt.⁵²³

⁵²¹ OGH 23.2.2011, 1 Ob 224/10p; vgl auch OGH 31.1.2011, 1 Ob 15/11d.

⁵²² Vgl *Krejci in Krejci*, RK UGB § 105 Rz 12, 24 ff: Gemäß § 105 UGB ist für die OG klaggestellt, dass diese „rechtsfähig“ ist. Die OG (ebenso KG) wird aber dennoch nicht als juristische Person verstanden, da die OG nicht alleine passiv vermögensfähig ist, vielmehr gibt es eine persönliche Mithaftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen.

⁵²³ OGH 23.2.2011, 1 Ob 224/10p mwN.

Vrba/Zechner vertreten hingegen die Auffassung, dass das Amtshaftungsrecht eine abschließende Regelung des Rechtsgebietes der Haftung der Rechtsträger für Schäden ihrer Organe im Bereich der Hoheitsverwaltung darstellt, sodass aus einer hoheitlichen Tätigkeit keinerlei andere zivilrechtliche Ansprüche abgeleitet werden können.⁵²⁴ Demgegenüber ist es nach *Schragel* heute herrschende Auffassung, dass neben dem AHG auch andere auf einem anderen Rechtsgrund gestützte Ansprüche geltend gemacht werden können.⁵²⁵ In diesem Sinn betont auch der OGH in seiner Entscheidung 1 Ob 296/03s⁵²⁶, dass die österreichische Rechtsordnung keine Bestimmung mit Ausnahme des § 9 Abs 5 AHG kennt, wonach der Geschädigte seinen durch Hoheitsakt verursachten und ausdrücklich nicht auf das AHG gestützten Ersatzanspruch nicht im ordentlichen Rechtsweg geltend machen könne. Je nach Absicht des Gesetzgebers können Ansprüche wahlweise, hilfweise oder ergänzungsweise nach dem einen oder nach dem anderen Rechtsgrund geltend gemachten werden, so schließen einander insbesondere die Tatbestände der Amtshaftung und der Gefährdungshaftung nach EKHG nicht aus.⁵²⁷

Durch die zunehmende Betrauung Privater mit der Vollziehung hoheitlicher Tätigkeiten bedarf es zumeist einer vertraglichen Beziehung zum beliehenen oder in Pflicht genommenen Unternehmen, um die hoheitliche Leistung in Anspruch nehmen zu können, wie etwa aufgrund eines Werkvertrages im Rahmen einer wiederkehrenden Begutachtung nach KFG zwischen dem Geschädigten und dem ermächtigten Verein oder Gewerbetreibenden. In seiner Entscheidung 1 Ob 34/80⁵²⁸ hat der OGH zunächst offen gelassen, ob sich der Geschädigte neben Amtshaftung auch auf den Rechtsgrund des Werkvertrages stützen kann. Nunmehr ist es aber ständige Rsp, dass der Geschädigte, der mit einer juristischen Person des Privatrechts als beliehenes Unternehmen eine vertragliche Beziehung als Grundlage für die Erbringung hoheitlicher Tätigkeiten hat, sowohl den Rechtsträger im Wege der Amtshaftung als auch den Vertragspartner wegen Vertragsverletzung durch die für das beliehene Unternehmen handelnde physische Person in Anspruch nehmen kann.⁵²⁹ *Schragel* kritisiert an der Entscheidung 1 Ob 25/01k⁵³⁰, dass der erkennende Senat zunächst zwischen juristischen Personen und natürlichen Personen – nur Letztere sind als Organe iSd § 1 Abs 2 AHG

⁵²⁴ Vgl *Vrba-Zechner*, Amtshaftungsrecht (1983) 19, 38 mwN.

⁵²⁵ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 14.

⁵²⁶ OGH 12.10.2004, 1 Ob 296/03s = JbI 2005, 387 = ZVR 2005, 77 (*Danzl*) = SZ 2004/145.

⁵²⁷ RIS-Justiz RS0049908.

⁵²⁸ OGH 18.2.1981, 1 Ob 34/80 = SZ 54/19 = EvBl 1981/161 S 466 = JbI 1981, 650 = ZVR 1982/24 S 17.

⁵²⁹ RIS-Justiz RS0115014.

⁵³⁰ OGH 27.3.2001, 1 Ob 25/01k = ÖJZ-LSK 2001/182 = EvBl 2001/159 S 689 - EvBl 2001, 689 = JbI 2001, 722 = RdW 2001, 591 = Jus-Extra OGH-Z 3193 = ÖZW 2002/59 = SZ 74/55.

anzusehen und von der Organimmunität gem § 9 Abs 5 AHG umfasst – unterscheidet. Diese Organimmunität besteht allerdings dem erkennenden Senat zufolge (unter Hinweis auf frühere Entscheidungen) dann nicht, wenn die physische Person als Organ in Anspruch genommen wird, sodass *Schragel* daraus ableitet, dass eine vertragliche Inanspruchnahme der physischen Person durchaus möglich ist.⁵³¹ Anderer Ansicht ist *Mader*, der die vertragliche Haftung einer physischen Person als Vertragspartner und gleichzeitig als Organ verneint, da die Organimmunität auch gegenüber vertraglichen Ansprüchen des Geschädigten fortwirkt.⁵³²

Im Ergebnis kann also festgehalten werden, dass sowohl Lehre als auch Judikatur Ausnahmen von der Organimmunität iSd § 9 Abs 5 AHG zulassen, nämlich dann, wenn sich der Geschädigte auf einen anderen, zusätzlichen Rechtsgrund stützt. Daraus ergibt sich, dass ein Organ insbesondere aus Gefährdungshaftung sowie aus vertraglicher Haftung – unabhängig von der Inanspruchnahme des Rechtsträgers wegen Amtshaftung – in Anspruch genommen werden kann. Es bleibt jedoch abzuwarten, welche Auswirkungen die neue Judikaturlinie des OGH zur Anwendung der Organimmunität des § 9 Abs 5 AHG auch auf beliehene juristische Personen des Privatrechts mit sich bringt. In der Entscheidung zu GZ 1 Ob 15/11d⁵³³ hat der erkennende Senat die Ansicht des OLG Wien als Berufungsgericht wiedergegeben, wonach jene Judikaturlinie, die eine auf vertragliche Haftung gestützte Klage gegen juristische Personen des Privatrechts als beliehene Unternehmen zugelassen hätte, nun nicht mehr gelte. Auch nach *Rabl* ist seit der Judikaturwende (vgl OGH 1 Ob 176/08a) mit der bisherigen Hilfskonstruktion „Schluss“, wonach neben Amtshaftung auch vertragliche oder sonstige Sonderhaftungsbestimmungen gegen beliehene juristische Personen geltend gemacht werden können, da es wohl keinen Unterschied machen könne, „ob die hoheitliche Handlung im Rahmen einer privatrechtlichen Abwicklung (Vertragserfüllung) oder auf andere Weise“ erfolge. Im Ergebnis tritt *Rabl* für eine generelle Reform des Amtshaftungsrechts im Hinblick auf die neuen Anforderungen, insbesondere die amtshaftungsrechtliche Organqualifikation juristischer Personen und damit die entsprechenden Inhalte der § 1 Abs 2, §§ 3, 4 und 5 AHG, ein.⁵³⁴

⁵³¹ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 252.

⁵³² Vgl *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005) § 9 AHG Rz 14.

⁵³³ OGH 31.3.2011, 1 Ob 15/11d.

⁵³⁴ Vgl *Rabl*, Amtshaftungsimmunität für beliehene juristische Personen! *ecolex* 2009, 579 (580): Nach *Rabl* schließt der OGH mit der E 1 Ob 176/08a eine erste Lücke in einem „massiv lückenhaften System“.

12.9 Regress

12.9.1 Allgemeines

Im Rahmen des Amtshaftungsrechts haftet dem Geschädigten nur der Rechtsträger, die Inanspruchnahme des Organs⁵³⁵ ist dem Geschädigten hingegen wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges gem § 9 Abs 5 AHG verwehrt. Dieses Haftungsprivileg bedeutet allerdings keine gänzliche Freizeichnung des Organs, da sich der Ersatz leistende Rechtsträger gegebenenfalls beim Organ regressieren kann.⁵³⁶ Darüber hinaus kann dem Rechtsträger ein Ersatzanspruch gegenüber einem anderen Rechtsträger zustehen, wenn das Organhandeln entweder mehreren Rechtsträgern zuordenbar ist oder der organisatorische Rechtsträger anstelle des funktionellen Rechtsträgers in Anspruch genommen wurde.

12.9.2 Rückersatzanspruch des Rechtsträgers gegenüber dem Organ

Nach Art 23 Abs 2 B-VG sind Personen, die als Organ eines in Art 23 Abs 1 B-VG genannten Rechtsträgers handeln, diesem, soweit ihnen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, für den Schaden haftbar, den der Rechtsträger dem Geschädigten Ersatz geleistet hat. Entsprechend dieser Verfassungsbestimmung normiert § 3 Abs 1 AHG, dass der Rechtsträger, der dem Geschädigten aufgrund des AHG Ersatz geleistet hat, gegen das vorsätzlich oder grob fahrlässig handelnde Organ einen Regressanspruch hat.⁵³⁷ Bei grober Fahrlässigkeit kann das Gericht gem § 3 Abs 2 AHG aus Gründen der Billigkeit den Rückersatz mäßigen. Bei Ausübung des Mäßigungsrechts hat das Gericht auf die in § 2 Abs 2 DHG genannten Umstände Bedacht zu nehmen. Der Ausschluss eines Rückersatzanspruches bei leichter Fahrlässigkeit und das richterliche Mäßigungsrecht bei grober Fahrlässigkeit dienen der Entlastung des Organs und sollen dessen Bereitschaft zu aktivem und initiativem Verhalten fördern.⁵³⁸

Ein Regressanspruch gegenüber dem Organ ist allerdings gem § 4 AHG ausgeschlossen, wenn das schädigende Verhalten auf individuelle oder generelle Weisung (Auftrag, Befehl)

⁵³⁵ Da nach der neuen Judiakturlinie des OGH (vgl 1 Ob 176/08a; 1 Ob 224/10p; 1 Ob 15/11d) nunmehr auch beliebige Unternehmen als juristische Personen des Privatrechts Organstellung erlangen, müssen konsequenterweise auch die Bestimmungen über den Regress auf diese „neuen Organe“ anwendbar sein.

⁵³⁶ Vgl *Kremser in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 7.091.

⁵³⁷ Regressansprüche gegenüber einem Organ hat immer nur jener Rechtsträger, in dessen Vollzugsbereich das Organ tätig war (also der funktionelle Rechtsträger). Wurde anstelle des funktionellen Rechtsträgers der organisatorische Rechtsträger in Anspruch genommen, kann sich dieser nicht beim Organ direkt regressieren, sondern muss sich an den funktionellen Rechtsträger halten, welcher seinerseits erst Rückgriff auf das Organ nehmen kann (vgl *Kremser in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 7.092).

⁵³⁸ Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998) Rz 27.093.

eines Vorgesetzten erfolgt ist, es sei denn, das Organ hat eine Weisung eines offenbar unzuständigen Vorgesetzten befolgt oder in Befolgung der Weisung gegen strafgesetzliche Bestimmungen verstoßen.⁵³⁹

Nach § 5 AHG kann das Organ dem Rechtsträger, der einen Regressanspruch geltend macht, alle Einwendungen entgegenhalten, die der Rechtsträger nicht erhoben hat, die aber im Ergebnis zu einer anderen Entscheidung über den Amtshaftungsanspruch geführt hätten. Nach dieser Bestimmung darf das Organ somit nicht schlechter gestellt werden, als es stehen würde, wenn es selbst in Anspruch genommen wäre (ungeachtet dessen, dass die Inanspruchnahme des Organs unzulässig ist).⁵⁴⁰

12.9.3 Rückersatzansprüche unter Rechtsträgern

Wenn das schadenzufügende, schuldhaftes Organverhalten mehreren Rechtsträgern zuordenbar ist, haften diese nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts solidarisch. Wurde in so einem Fall nur ein Rechtsträger in Anspruch genommen und hat dieser sodann zu Recht Ersatz geleistet, kann der Rechtsträger vom anderen Rechtsträger nach Maßgabe des § 1302 ABGB Rückersatz für den diesem obliegenden Schadensteil verlangen.⁵⁴¹

In jenen Fällen, in denen keine solidarische Haftung der Rechtsträger gem § 1302 ABGB besteht, nämlich dann, wenn das Organverhalten nicht mehreren Rechtsträgern zuordenbar ist, findet sich in § 1 Abs 3 AHG eine solidarische Haftungsbestimmung des organisatorischen Rechtsträgers gegenüber dem funktionellen Rechtsträger. Diese Bestimmung ist insofern von Bedeutung, als es für den Geschädigten oftmals nur schwer überprüfbar ist, welcher der „richtige“ beklagte Rechtsträger ist. Aufgrund dieser Bestimmung ist es somit ausreichend, wenn der organisatorische Rechtsträger vom Geschädigten in Anspruch genommen wird, sodass die Frage für wen das schuldtragende Organ tatsächlich tätig war, im Amtshaftungsprozess nicht geklärt werden muss.⁵⁴² Hat nun der organisatorische Rechtsträger aufgrund dieser Haftung dem Geschädigten den Schaden ersetzt, kann er sich beim funktionellen Rechtsträger regressieren (§ 1 Abs 3 letzter Satz AHG).

⁵³⁹ Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 1297.

⁵⁴⁰ Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht II² (1984) 385. Aus § 5 AHG ergibt sich auch, dass die Ersatzleistung zu Recht erfolgt sein musste, um einen Regressanspruch zu begründen (vgl *Walter*, Bundesverfassungsrecht (1972) 832). Weiters ergibt sich für die verfahrensrechtliche Durchsetzung des Regressanspruches aus § 5 AHG eine Art Bindungswirkung der Entscheidung über den Amtshaftungsanspruch des Geschädigten für den Regressprozess (vgl *Walter*, Bundesverfassungsrecht (1972) 839).

⁵⁴¹ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 135.

⁵⁴² Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 136.

Der OGH hegte gegen die Bestimmung des § 1 Abs 3 AHG verfassungsrechtliche Bedenken. Der OGH vertrat die Ansicht, dass die einfachgesetzliche Erweiterung der Haftung auf den organisatorischen Rechtsträger mit Art 23 Abs 1 AHG als bundesverfassungsrechtliche Grundlage der Amtshaftung nicht in Einklang zu bringen ist, da Art 23 Abs 1 AHG eindeutig einen funktionellen Rechtsträgerbegriff vor Augen hat. Der VfGH teilte die verfassungsrechtlichen Bedenken des OGH nicht und führte aus, dass die Bestimmung lediglich eine zusätzliche Haftung des organisatorischen Rechtsträgers begründet und damit der Verbesserung der Rechtsstellung des Geschädigten im Amtshaftungsverfahren dient. Hingegen besagt die Bestimmung nichts über die endgültige Verpflichtung zur Tragung des Ersatzanspruches nach dem AHG. Hierfür sind vielmehr die Regelungen des § 1 Abs 3 letzter Satz AHG iVm § 10 Abs 1 AHG heranzuziehen. Entsprechend § 1 Abs 3 letzter Satz AHG hat der organisatorische Rechtsträger gegenüber dem funktionellen Rechtsträger ein Regressrecht, welches er im Wege der Streitverkündung gem § 10 Abs 1 AHG vorbereiten wird.⁵⁴³

Die verfahrensrechtliche Durchsetzung des Regressanspruches erfolgt nach den Verfahrensbestimmungen des AHG (§ 14 AHG).⁵⁴⁴

12.10 Amtshaftung für die Tätigkeit von Sachverständigen im Verwaltungsverfahren

12.10.1 Einleitung

Die Organstellung von Sachverständigen im Verwaltungsverfahren ist umstritten. Zwar wird die Organstellung des Amtssachverständigen bejaht, hinsichtlich des nichtamtlichen Sachverständigen besteht allerdings Uneinigkeit; generell wird die Organstellung des nichtamtlichen Sachverständigen aber verneint. Die Argumentation zur ablehnenden Haltung gegenüber der Organstellung von nichtamtlichen Sachverständigen ist kritisch zu hinterfragen und in weiterer Folge sind Argumente für die Organstellung aufzuzeigen. Lediglich dem Privatsachverständigen, dessen Gutachten durch Vorlage als Urkunde in das Verfahren Einzug nimmt, kommt jedenfalls keine Organstellung zu, zumal er in keinem Rechtsverhältnis zur Behörde, sondern nur zur Partei steht (siehe oben Punkt 6.4). Seine Rolle im Verfahren darf aber dennoch nicht unterschätzt werden, da mit Hilfe eines Privatgutachtens die Parteien dem Gutachten von (nicht)amtlichen Sachverständigen entgegnet werden können. Eine weitere Gruppe von Sachverständigen im Verwaltungsverfahren

⁵⁴³ VfGH 24.6.1993, G 191/92, G 274/92.

⁵⁴⁴ Vgl. *Walter*, Bundesverfassungsrecht (1972) 839.

bilden die „beliehenen“ und „in Pflicht genommenen“ Sachverständigen; hier herrscht Unstimmigkeit in der Rsp des OGH hinsichtlich der Voraussetzungen für die Begründung der Organstellung. Im Hinblick auf eine Wandlung des Organbegriffs im Sinne einer Qualifizierung auch von juristischen Personen des Privatrechts als Organe iSd § 1 Abs 2 AHG durch die Judikatur des OGH (vgl OGH 1 Ob 176/08a; 1 Ob 224/10p; 1 Ob 15/11d) ist somit die Zeit für eine grundsätzliche Hinterfragung des Organbegriffs des AHG gekommen.

Auch wenn der OGH – wie noch aufgezeigt werden wird – keine strenge Differenzierung zwischen der Stellung des Sachverständigen als Organ iSd § 1 Abs 2 AHG einerseits und dessen Tätigkeit andererseits vornimmt, wird nachstehend zuerst auf die Organstellung des Sachverständigen und dann auf die konkrete Tätigkeit im Sinne eines „Handelns in Vollziehung der Gesetze“ des Sachverständigen im Verwaltungsverfahren eingegangen werden. Aufgrund der ungenauen Abgrenzung in der Judikatur zwischen diesen wesentlichen Voraussetzungen für die Begründung eines Amtshaftungsanspruches ist es mitunter schwer, ein präzises Bild der Argumentation des Höchstgerichts zu erlangen. Gerechtfertigt erscheint diese nicht sehr präzise Argumentation dort, wo die Organstellung erst aufgrund der Tätigkeit begründet wird.

12.10.2 Organstellung der Sachverständigen im Verwaltungsverfahren

12.10.2.1 Organstellung des Amtssachverständigen

Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig, ist ein Amtssachverständiger, somit ein der Behörde beigegebener oder ein zur Verfügung stehender amtlicher Sachverständiger, dem Verwaltungsverfahren beizuziehen (§ 52 Abs 1 AVG). Nach der Rsp des OGH wird im Fall des Amtssachverständigen Handeln in Vollziehung der Gesetze angenommen und ein Amtshaftungsanspruch für Fehlleistungen des Amtssachverständigen gegen den Rechtsträger bejaht.⁵⁴⁵ In der Entscheidung 1 Ob 7/85 begründet der erkennende Senat diese Ansicht damit, dass die Tätigkeit des Amtssachverständigen die Erfüllung der ihm obliegenden Amtspflicht bedeutet und er dadurch als integraler Bestandteil des behördlichen Verwaltungsverfahrens angesehen wird. Nach dem Willen des Gesetzgebers (vgl § 53 Abs 1 AHVG) sei der Amtssachverständige den Verwaltungsorganen gleichgestellt, da sowohl Verwaltungsorgane als auch

⁵⁴⁵ Vgl *Funk*, Aufgaben, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1 (18); *Schrägel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 41 mwN; aus den älteren Judikatur OGH 19.4.1972, 1 Ob 75/72 = EvBl 1972/315.

Amtssachverständige nicht abgelehnt werden können. Das sei „nicht nur eine Folge der Nahebeziehung des Amtssachverständigen zur Behörde“ sondern habe „auch einen Ausschluss der Einflussnahme des Betroffenen auf die Qualität des Sachverständigen zur Folge, der durch die unmittelbare Zuordnung der Tätigkeit des Amtssachverständigen zum Rechtsträger auszugleichen“ sei. Da der Amtssachverständige auch nicht im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung tätig wird, ist sein Handeln jedenfalls dem Bereich der Hoheitsverwaltung zuzuordnen. Darüberhinaus sprechen das „Zurücktreten der Person und die Wesentlichkeit der Amtsfunktion“ jedenfalls „für die haftungsrechtlich unterschiedliche Behandlung des Amtssachverständigen und des gerichtlich bestellten Sachverständigen“. ⁵⁴⁶ In der Entscheidung 1 Ob 679/86 hat der erkennende Senat dann ohne lange Ausführung festgehalten, dass nur der Amtssachverständige, der auch nach herrschender Ansicht Organ im Sinne des § 1 Abs 2 AHG sei, sei hoheitlich handelnder Beamter und begehe dann bei vorsätzlicher falscher Gutachtenserstattung das Verbrechen des Amtsmissbrauches nach § 302 Abs 1 StGB. ⁵⁴⁷ Darüber hinaus hat der erkennende Senat in dieser Entscheidung, welche die Frage nach der Organstellung des gerichtlichen Sachverständigen behandelt, betont, dass es für die Amtshaftung bei „Personen, die nicht schon kraft ihrer Stellung Organe des Rechtsträgers sind“, nicht darauf ankäme, „welchen inhaltlichen Einfluss ein Verfahrensbeteiligter – auch die Aussage eines Zeugen oder einer Partei kann für einen Verfahrensausgang relevant sein – auf das Ergebnis des Verfahrens hatte, sondern inwieweit er auch verfahrensrechtlich dazu berufen war, beim Hoheitsakt unmittelbar mitzuwirken“. ⁵⁴⁸

Unter Bezugnahme auf die beiden soeben zitierten Judikate hat der erkennende Senat in der Entscheidung 1 Ob 49/05w festgehalten, dass die Organstellung des Amtssachverständigen aus dessen spezifischer Einbindung in das Gefüge der Verwaltungsbehörde sowie der darauf aufbauenden Autorität seines Gutachtens ableitbar sei. Da es in den zitierten Entscheidungen allerdings immer um Bereiche von hoheitlich zu vollziehenden Verwaltungsmaterien ging, sei festzuhalten, dass die Erfüllung der Amtspflicht des Amtssachverständigen nicht per se als Hoheitsakt zu qualifizieren ist. ⁵⁴⁹ Im Ergebnis ist daher die Erstattung eines Gutachtens durch den Amtssachverständigen nur dann als Hoheitsakt zu qualifizieren, wenn die Erfüllung der

⁵⁴⁶ OGH 20.3.1985, 1 Ob 7/85 mwN = SZ 58/42 = JBl 1985, 628 = EvBl 1985/125 S 624. Vgl auf *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 41 mit Hinweis auf diese zitierte Entscheidung.

⁵⁴⁷ OGH 14.1.1987, 1 Ob 679/86 = SZ 60/2. Vgl zum Amtsmissbrauchstatbestand *Bertel* in Wiener Kommentar², § 302 StGB Rz 7.

⁵⁴⁸ OGH 14.1.1987, 1 Ob 679/86 = SZ 60/2.

⁵⁴⁹ OGH 24.6.2005, 1 Ob 49/05w = SZ 2005/92; siehe auch RIS-Justiz RS0120112.

konkreten Amtspflicht einer hoheitlich wahrzunehmenden Verwaltungsmaterie zuzuordnen ist.

12.10.2.1.1 Der Sachverständige im Bauverfahren – faires Bauverfahren?

Dem bautechnischen Sachverständigen kommt im Bauverfahren eine sehr bedeutende Rolle zu. Zu den Aufgaben des Bausachverständigen zählen bspw die Begutachtung im Baubewilligungsverfahren, die Erstellung eines Gutachtens über die technisch-wirtschaftliche Abbruchsreife von Gebäuden in Schutzzonen, die Prüfung der Förderungswürdigkeit im Rahmen der Wohnbauförderung oder die Prüfung von Sanierungsvorhaben.⁵⁵⁰ Bei Erfüllung seiner Aufgaben wird vom Bausachverständigen verlangt, dass er nicht nur Tatsachen samt Schlussfolgerungen zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes (vgl § 56 AVG) liefert, vielmehr wird von ihm auch die Kenntnis der für seine Begutachtung erforderlichen Vorschriften erwartet.⁵⁵¹ So ist es bspw in Wien gängige Praxis, dass Bausachverständige als Verfahrensleiter und entscheidende Organwalter der Baubehörde erster Instanz sowohl Fach- als auch Rechtsfragen beantworten.⁵⁵² Diese Verwaltungspraxis ist meines Erachtens verfassungsrechtlich bedenklich, ist es doch die alleinige Aufgabe des Sachverständigen, Tatsachenfragen zu beantworten, die Beantwortung von Rechtsfragen obliegt allein der entscheidenden Behörde.⁵⁵³ So lehnt auch der VfGH in seiner Judikatur die Doppelstellung einer Person als amtlicher Sachverständiger und entscheidendes Organ ab und erkennt diese Vorgehensweise als verfassungswidrig, wenn das Verfahren *civil rights* iSd Art 6 EMRK betrifft.⁵⁵⁴ Nach der Rsp des VfGH betrifft die Entscheidung über den Antrag auf Erteilung

⁵⁵⁰ Vgl Mayer in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 9.006 ff mit weiteren Beispielen.

⁵⁵¹ Vgl Hauer, Der Bausachverständige im Verwaltungsverfahren, Sachverständige 1995 Heft 1, 6 (6).

⁵⁵² Vgl Hauer, Der Bausachverständige im Verwaltungsverfahren, Sachverständige 1995 Heft 1, 6 (13); vgl die Rsp des VfGH, wonach die Funktion eines Verhandlungsleiters und eines Amtssachverständigen kompatibel sind und keine Befangenheit begründen: VwSlg 5389 A/1960; 8303 A/1972.

⁵⁵³ Vgl Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO³ § 77 Rz 28 unter Hinweis auf VfGH 25.5.2000, 99/07/0213. Diesem Erkenntnis zufolge ist ein Bescheid, in welchem die Behörde rechtliche Wertungen aus dem Sachverständigengutachten übernommen hat, dann nicht rechtswidrig, wenn die Wertung der Rechtslage entspricht.

⁵⁵⁴ VfSlg 16.827/2003 (Agrarverfahren). Art 6 Abs 1 EMRK bestimmt, dass jedermann einen Anspruch darauf hat, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat. Die Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK lassen sich in drei Bereiche untergliedern, nämlich in Organisationsgarantien, in das Recht auf Zugang zu Gericht und in die Verfahrensgarantien im engeren Sinn (Grundsatz des fairen Verfahrens; vgl Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) § 24 Rz 6). Zur Anwendbarkeit des Art 6 EMRK im Verwaltungsverfahren: Die Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK sind immer dann zu gewährleisten, wenn es sich um ein Verfahren betreffend *civil rights* handelt. Der EGMR legt den Begriff der „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ autonom aus, dies hat eine sehr weite Auslegung zur Folge (Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 1524). Nach der Rsp des EGMR entwickelten Prinzipien kann es sich bei der Streitigkeit sowohl um „das Bestehen eines

einer Baubewilligung allerdings keine Entscheidung über *civil rights*.⁵⁵⁵ Hingegen betreffen Entscheidungen über Ansprüche auf Enteignungsentschädigungen *civil rights*, sodass die nachprüfende Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht genügt.⁵⁵⁶ Neben der Doppelfunktion von Verfahrensleiter und Amtssachverständigen ist weiters die Approbation durch den Referatsleiter verfassungsrechtlich bedenklich. Vor Approbation eines jeden Geschäftsstücks prüft der vorgesetzte Organwalter das jeweilige Gutachten auf grobe Mängel und Irrtümer.⁵⁵⁷ In dieser Vorgehensweise ist jedenfalls eine Unvereinbarkeit mit Art 6 EMRK zu sehen. Zur Weisungsgebundenheit des Amtssachverständigen siehe oben Punkt 9.3.

Meines Erachtens sollte das Ziel aller – nicht nur *civil rights* betreffender –Verwaltungsverfahren die Gewährleistung der Verfahrensgarantien im Sinne von Art 6 EMRK sein, um den Bürgern das Bild einer unabhängigen Verwaltung zu bieten. Dieses Bild ist in einem Verfahren, in welchem das entscheidende Organ gleichzeitig Gutachtensersteller ist, jedenfalls nicht gewährleistet, sodass es durchaus berechtigte Zweifel an einer möglichen Entkräftung dieses Gutachtens mittels Privatgutachtens gibt. Im Sinne einer objektiven Erfüllung der Aufgaben des Amtssachverständigen im Bauverfahren tritt auch Mayer für eine „Trennung von Recht und Technik“ ein.⁵⁵⁸

Anspruches schlechthin“ als auch um dessen Tragweite und seine Ausübungsmodalitäten handeln (EGMR U 23.10.1985 *Bentham*, Nr. 8848/80 = EuGRZ 1986, 299 = NJW 1987, 2141). Nach dem Urteil *Ringeisen* vom 16. Juli 1971 muss auch jedes Verfahren, dessen Ausgang für derartige Ansprüche und Verpflichtungen entscheidend ist, Art 6 EMRK genügen (EGMR U 16.7.1971 *Ringeisen*, Nr. 2614/65). Aus dieser Rsp ergibt sich, dass nicht nur *civil rights* betreffende Ansprüche an sich, sondern auch Auswirkungen auf zivilrechtliche Positionen vom Begriff der *civil rights* erfasst sind. Nach der Rsp des EGMR kommt es nicht auf die Natur des Gesetzes an, nachdem der fragliche Streit zu entscheiden ist, ebenso wenig auf die Natur der sachlich zuständigen Behörde. Es kommt ausschließlich auf den Rechtscharakter des in Frage stehenden Anspruches an (EGMR U 23.10.1985 *Bentham*, Nr. 8848/80 = EuGRZ 1986, 299 = NJW 1987, 2141). Der genaue zivilrechtliche Charakter eines Anspruches wird vom EGMR jedoch nicht definiert. Jedenfalls erfasst sind jene Verfahren, die Auswirkungen für das Eigentum im Sinne des Art 1 1. ZProtMRK an sich sowie die Nutzung des Eigentums (zB Baurecht, Betriebsanlagenrecht, Wasserrecht) haben. Ebenso erfasst sind Verfahren betreffend privater Erwerbstätigkeit oder sozialversicherungsrechtliche Verfahren (*Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 1525). Aus der Rsp des EGMR folgt, dass auch in Verwaltungsverfahren die Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK zu beachten und zu gewährleisten sind, sofern der in Frage stehende Anspruch *civil rights* betrifft. Etwas abweichend von der Judikatur des EGMR macht der VfGH eine Differenzierung zwischen dem sog „Kernbereich“ der *civil rights*, dh jenen Ansprüchen, die das Verhältnis der Bürger untereinander betreffen und daher dem Zivilgericht zuzuordnen sind und jenen Ansprüchen, die nur „in ihren Auswirkungen“ *civil rights* berühren; diese Unterscheidung ist insbesondere für die Beantwortung der Frage, ob ein Tribunal iSd Art 6 EMRK entscheiden muss, relevant (*Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 1528).

⁵⁵⁵ Vgl *Jahnel*, Baurecht, in: *Bachmann et al* (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*⁸ (2010) 465 (473) unter Hinweis auf VfSlg 14784/1997, 11500/1987 sowie weiterführende Jud des EGMR.

⁵⁵⁶ Vgl *Jahnel*, Baurecht, in: *Bachmann et al* (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*⁸ (2010) 465 (473) unter Hinweis auf VfSlg 16692/2002, 11762/1988.

⁵⁵⁷ Vgl *Mayer in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 9.017

⁵⁵⁸ Vgl *Mayer in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 9.005.

12.10.2.2 Organstellung des nichtamtlichen Sachverständigen

12.10.2.2.1 Ansicht des OGH

Nach Ansicht des OGH wird nur der Amtssachverständige in den Bereich der Hoheitsverwaltung einbezogen und als integraler Bestandteil des behördlichen Verfahrens tätig, hingegen wird der für ein bestimmtes Verfahren einmalig bestellte nichtamtliche Sachverständige in den Meinungsbildungsprozess nicht miteinbezogen, vielmehr liefert er dem zur Entscheidung berufenen Organ nur ein Beweismittel.⁵⁵⁹ Darüber hinaus ist der nichtamtliche Sachverständige nach herrschender Lehre kein weisungsgebundenes Verwaltungsorgan.⁵⁶⁰

12.10.2.2.2 Vergleich mit dem gerichtlichen Sachverständigen in der Lehre

Die Judikatur zur Frage der Organstellung des nichtamtlichen Sachverständigen ist sehr spärlich, ebensowenig wurde diese Frage abschließend in der Literatur erörtert. Vielmehr findet sich oftmals der Vergleich des nichtamtlichen Sachverständigen mit dem gerichtlichen Sachverständigen und die Feststellung, dass auch für den nichtamtlichen Sachverständigen wohl nichts anderes gelten könne.⁵⁶¹ Im Folgenden gilt es daher den Meinungsstand zur Frage des gerichtlichen Sachverständigen wiederzugeben, um sodann die These darzulegen, dass der nichtamtliche Sachverständige – welcher anstatt mit dem gerichtlichen Sachverständigen besser mit dem Amtssachverständigen verglichen werden sollte – sehr wohl Organ im Sinne des § 1 Abs 2 AHG ist.

Die hA verneint die Organstellung des gerichtlich bestellten Sachverständigen.⁵⁶² Nach der Rsp des OGH haftet der gerichtliche Sachverständige den Parteien unmittelbar und persönlich für den durch ein unrichtiges Gutachten schuldhaft verursachten Schaden. Die persönliche Haftung des Sachverständigen wird damit begründet, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige selbst keine Entscheidungen trifft, sondern dem Gericht durch Befund und

⁵⁵⁹ OGH 17.11.1987, 4 Ob 306/86 = SZ 60/245 = EvBl 1988/97 S 461 = JBl 1988, 185 = ÖBl 1988,49 = GRURInt 1988,786 = MR 1987, 208 (*M Walter*); RIS-Justiz RS0049746; RS0049751.

⁵⁶⁰ RIS-Justiz RS0049749; vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁸ (2003) Rz 367 und FN 461; aA *Zechner*, *Der gerichtliche Sachverständige*, JBl 1986, 415 (422) unter Berufung auf VfSlg 2847/1955.

⁵⁶¹ Vgl *Kremser* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, *Handbuch* (2006) Rz 7.068; vgl auch *Schragel*, *Amtshaftungsgesetz*³ (2003) § 1 Rz 41.

⁵⁶² OGH 4.5.1955, 1 Ob 274/55 = SZ 28/116; OGH 30.06.1977, 6 Ob 634/77 = SZ 50/98 = EvBl 1978/189 S 602; OGH 10.7.2008, 8 Ob 69/08t = *Schrammel*, Zak 2008/635 S 367 - *Schrammel*, Zak 2008,367 = Zak 2008/646 S 374 - Zak 2008, 374 = ZVR 2009/38 S 75 (*Danzl*) - ZVR 2009, 75 (*Danzl*); RIS-Justiz RS0026337; RS0026319; RS0026353; vgl auch *Reischauer* in *Rummel*³ § 1299 ABGB Rz 23 mwN; *Funk*, *Aufgaben*, in: *Aicher/Funk*, *Sachverständige im Wirtschaftsleben* (1990) 1 (18).

Gutachten nur ein Beweismittel liefert.⁵⁶³ Ausgehend von der die Organstellung des gerichtlichen Sachverständigen verneinenden Auffassung, überträgt *Schrage* die Argumentation auch auf die Stellung des nichtamtlichen Sachverständigen und hält fest, dass der ausnahmsweise heranzuziehende nichtamtliche Sachverständige kein Organ iSd § 1 Abs 2 AHG ist.⁵⁶⁴ *Funk* hält weiters fest, dass im Zusammenhang mit nichtamtlichen Sachverständigen nach der Rsp des OGH Amtshaftung nur dann in Betracht kommt, wenn die Behörde allfällige Fehlleistungen bei der *Auswahl*, *Leitung* oder *Überwachung* des nichtamtlichen Sachverständigen zu vertreten hat. Dieses Auswahl- und Leitungsverhältnis gründet in der behördlichen Bestellung des nichtamtlichen Sachverständigen.⁵⁶⁵

Die herrschende Auffassung zur mangelnden Organstellung des gerichtlichen Sachverständigen kritisieren mitunter *Vrba/Zechner* und bezeichnen die Judikatur als „mit sich selbst im Widerspruch“, wenn sie die Organstellung des Amtssachverständigen bejaht und die des gerichtlichen Sachverständigen verneint und zwar mit der Begründung, dass die Bestimmungen über die Befangenheit für Verwaltungsorgane auch auf den Amtssachverständigen als Verwaltungsorgan anzuwenden seien und der Amtssachverständige eine Gutachtertätigkeit für die zur Sachentscheidung berufene Behörde ausübe. Nach der Judikatur ist für *Vrba/Zechner* klaggestellt, dass es nicht auf eine Entscheidungsbefugnis des Sachverständigen ankomme, sodass es ausreichte, wenn das Gutachten des Sachverständigen „nur“ als Beweismittel zu qualifizieren sei. Jedenfalls komme es auch nach § 1 Abs 2 AHG für die Organstellung nicht darauf an, ob dem Organ selbst hoheitliche Entscheidungskompetenz zukomme. Wäre dies der Fall, wären keinerlei Realakte „in Vollziehung der Gesetze“ möglich. Für die Beurteilung der Organstellung des gerichtlichen Sachverständigen sei damit lediglich maßgebend, dass dieser durch einen gerichtlichen Akt bestellt worden sei und eine Tätigkeit innerhalb eines gerichtlichen (hoheitlichen) Verfahrens entfalte. Der gerichtliche Sachverständige handle somit aufgrund einer gerichtlichen Weisung. Die gutachterliche Tätigkeit des gerichtlichen Sachverständigen qualifizieren

⁵⁶³ LG Eisenstadt 3.3.2005, 13 R 330/04h mwN; RIS-Justiz RS0026319; RS0026360. Zur Bejahung der unmittelbaren und persönlichen Haftung des gerichtlichen Sachverständigen gegenüber den Verfahrensparteien vgl auch *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 79: *Welser* lehnt hingegen Schutzwirkungen der verfahrensrechtlichen Sonderbeziehung zwischen dem Sachverständigen und den Verfahrensparteien auf beliebige Dritte mit der Begründung, dass das Verfahren nur zwischen den Parteien Recht schaffe und schon die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung ihre Grenzen finde, sodass diese „Grenze“ umso mehr für die Verantwortlichkeit des Sachverständigen zu gelten habe, ab. Vgl auch *Vrba-Zechner*, Amtshaftungsrecht (1983) 116.

⁵⁶⁴ Vgl *Schrage*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 41 („Gleiches gilt für den von der Behörde im Verwaltungsverfahren ausnahmsweise heranzuziehenden nichtamtlichen Sachverständigen (§ 52 Abs 2 AVG).“); ebenso *Kremser* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 7.068.

⁵⁶⁵ Vgl *Funk*, Aufgaben, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1 (17 f).

Vrba/Zechner als Summe von Realakten, welche „in einem solchen unmittelbaren inneren und äußeren Zusammenhang mit dem gerichtlichen Verfahren steht, dass diese Realakte als Hoheitsakt qualifiziert werden müssen“. Im Ergebnis treten *Vrba/Zechner* für die Organstellung des gerichtlichen Sachverständigen ein und verneinen dessen persönliche Haftung. Schäden aus einem schuldhaft rechtswidrigen Verhalten des gerichtlichen Sachverständigen könne jeder Geschädigte gegen den Bund als Rechtsträger geltend machen, sofern das schädigende Verhalten nicht nur auf einer fehlerhaften Befundaufnahme oder Gutachtenserstattung beruht. Nach dem Schutzzweck der Verfahrensbestimmungen sind in diesem Fall nur die Verfahrensparteien klagslegitimiert.⁵⁶⁶

Kritik an der herrschenden Auffassung wird auch wiederholt von *Zechner* sowie *Reischauer* in *Rummel* und zahlreichen anderen Autoren geübt.⁵⁶⁷

Nach *Zechner*⁵⁶⁸ indiziert das „öffentliche Bekennen zu einem Gewerbe, einer Wissenschaft oder Kunst“ (vgl. § 1299 ABGB) „fakultative Organstellung zur Besorgung hoheitlicher Aufgaben“. Die Begründung der Organstellung geschieht allerdings erst durch Heranziehung des Sachverständigen mittels gerichtlichem Akt. Im Zivilverfahren haben Sachverständige iSd § 1299 ABGB dem Bestellsungsakt grundsätzlich Folge zu leisten (vgl. § 353 Abs 1 ZPO). Eine vergleichbare Bestimmung findet sich für die nichtamtlichen Sachverständigen in § 52 Abs 2 AVG.⁵⁶⁹ Nach *Zechner* handelt es sich dabei lediglich um die Umschreibung jenes Personenkreises, der in einem gerichtlichen oder einem verwaltungsbehördlichen Verfahren

⁵⁶⁶ Vgl. *Vrba-Zechner*, Amtshaftungsrecht (1983) 115 f.

⁵⁶⁷ Vgl. *Zechner*, Der gerichtliche Sachverständige, JBl 1986, 415 ff mwN aus Lehre und Judikatur; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1299 ABGB Rz 23 mwN; *Mader* in *Schwimmann*, ABGB³ VII (2005) § 1 Rz 10 mwN („Ein funktionaler Unterschied zum Amtssachverständigen ist nicht zu erkennen.“); *Davy*, Genehmigung und Beaufsichtigung, ZfV 1983, 485 (492 ff): Nach *Davy* handelt es sich um „Vollziehung der Gesetze“, wenn (entscheidungsunterstützende) Experten die Behörde dadurch unterstützen, indem sie das für die Willensbildung nötige Fachwissen beitragen und die behördliche Aufgabenbesorgung notwendige Bedingung für die Expertentätigkeit ist. Die „Organfrage“ ist hier nur von untergeordneter Bedeutung, da durch den Expertenfehler in diesem Bereich niemand unmittelbar geschädigt werde, vielmehr ist die behördliche Entscheidung Schadensursache. Gegen eine Herausrechnung von Expertenfehlern aus fehlerhaftem behördlichem Verhalten spricht daher, „dass es dem Gesetzgeber darauf ankommt, die Qualität behördlichen Verhaltens durch den in vielfältigen Erscheinungsformen einzubeziehenden Sachverständigen zu verbessern.“; *Harrer*, Zivilrechtliche Haftung, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 177 (190): *Harrer* erachtet die haftungsrechtliche Differenzierung zwischen dem Amtssachverständigen und dem gerichtlich bestellten Sachverständigen als unbegründet, da die Stellung des Amtssachverständigen im Verfahren weitgehend jener des gerichtlichen Sachverständigen entspricht, sodass konsequenterweise auch die Organstellung des gerichtlichen Sachverständigen bejaht werden muss.

⁵⁶⁸ Vgl. *Zechner*, Der gerichtliche Sachverständige, JBl 1986, 415 (422 f) mwN.

⁵⁶⁹ Mit BGBl 1995/471 wurde u.a. die Bestimmung des § 52 AVG novelliert, sodass sich die Anordnung, dass Personen, die zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt sind oder die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis die Voraussetzung der geforderten Begutachtung sind, öffentlich als Erwerb ausüben oder zu deren Ausübung öffentlich angestellt oder ermächtigt sind, Folge zu leisten haben seither in § 52 Abs 4 AVG findet.

herangezogen werden darf und der auch seiner Heranziehung Folge zu leisten hat. Jedenfalls handelt es sich dabei um kein Abgrenzungskriterium für Funktion und Organstellung. Vielmehr zeigen Lehre und Judikatur, dass die Funktion des nichtamtlichen Sachverständigen jener des amtlichen Sachverständigen entspricht. Dies zeigt sich auch darin, dass dem Gutachten des amtlichen Sachverständigen kein höherer Beweiswert als dem Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen zukommt, da beide Gutachten der freien Beweiswürdigung der Behörde unterliegen und damit als Entscheidungshelfer für den Entscheidungsträger tätig werden. Durch den hoheitlichen Beststellungsakt steht der nichtamtliche Sachverständige ebenso in einem Unterordnungsverhältnis zur Behörde, „nach deren näheren Weisungen er tätig zu werden hat“.⁵⁷⁰

Zechner kritisiert weiters jene Argumentationslinie des OGH⁵⁷¹, wonach dieser einen wesentlichen Funktionsunterschied zwischen dem amtlichen und dem nichtamtlichen Sachverständigen in der Gleichstellung des Amtssachverständigen kraft Gesetzes mit Verwaltungsorganen und der damit verbundenen fehlenden Ablehnungsmöglichkeit desselbigen erblickt. Nach § 1 Abs 2 AHG komme es für die Organfunktion gerade nicht darauf an, ob das Organ in einem Anstellungsverhältnis im weitesten Sinn zum Rechtsträger steht. Von dieser Bestimmung sind sowohl auf Dauer als auch nur vorübergehend oder für den Einzelfall bestellte Organe erfasst, sodass die Tatsache, dass der Amtssachverständige der Behörde beigegeben oder ihr zur Verfügung steht, keinen Unterschied mache. So ist auch in der Rsp anerkannt, dass Aufgaben der Hoheitsverwaltung nicht nur durch „eigene Organe“ der Rechtsträger besorgt werden können.⁵⁷² Wenn der OGH weiters die mangelnde Ablehnungsmöglichkeit des Amtssachverständigen, womit eine Einflussnahme der Parteien auf die Person des Sachverständigen ausgeschlossen ist, als Argument für dessen Organfunktion anführt und gleichzeitig betont, dass der gerichtliche Sachverständige sehr wohl einer Ablehnung zugänglich ist, ist auch diese Argumentationslinie für *Zechner* wenig überzeugend. Dafür führt *Zechner* ins Treffen, dass auch die Mitwirkung eines befangenen Organs eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens bei Vorliegen von Bedenken gegen die sachliche Richtigkeit begründe.⁵⁷³ Ungeachtet dessen stellt sich die Frage nach dem Zusammenhang zwischen Befangenheit und Qualität des Amtssachverständigen, da wohl

⁵⁷⁰ Vgl *Zechner*, Der gerichtliche Sachverständige, JBl 1986, 415 (422) unter Berufung auf VfSlg 2847/1955; aA *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht⁸ (2003) RZ 367 und FN 461 („Verfehlt VfSlg 2847“).

⁵⁷¹ *Zechner* verweist hier auf EvBl 1972/315.

⁵⁷² *Zechner* verweist hier auf OGH 18.2.1981, 1 Ob 34/80 = SZ 54/19 = JBl 1981, 649 = ZVR 1982/24 S 17.

⁵⁷³ *Zechner* verweist hier auf *Aigner*, Der (Amts)sachverständige, JBl 1983, 352 (355) mwN aus der Jud des VwGH.

auch ein befangener Sachverständiger nicht von schlechter und ein unbefangener Sachverständiger nicht von guter Qualität sein muss. Im Übrigen kann auch ein gerichtlicher Sachverständiger im Zivilprozess nur aus denselben Gründen abgelehnt werden wie ein Richter (vgl § 355 Abs 1 ZPO, § 19 JN), sodass auch aus dieser Argumentation für die unterschiedliche Behandlung von Amtssachverständigen und gerichtlichen Sachverständigen nichts zu gewinnen ist.⁵⁷⁴

Nach *Reischauer* in *Rummel*⁵⁷⁵ zufolge, indizieren „Befangenheitsvorschriften – in welchem Umfang sie immer auch bestehen“ – geradezu Organfunktion. Die Tatsache, dass den Parteien beim Amtssachverständigen kein Ablehnungsrecht zukommt und beim gerichtlichen Sachverständigen schon, spiele für die Frage nach der Organfunktion der Sachverständigen keine Rolle. *Reischauer* führt hier zutreffend an, dass ja auch der Zivilrichter abgelehnt werden könne (vgl § 19 JN), sodass man streng genommen nach der Argumentation des OGH dessen Organstellung verneinen müsste (freilich zweifelt an der Organstellung des Zivilrichters niemand). *Zechner* verweist in diesem Zusammenhang noch auf die Stellung des Notars als Gerichtskommissär, welchem ebensowenig wie dem gerichtlichen Sachverständigen Entscheidungskompetenz zukommt, welcher aber abgelehnt werden kann, ergo wäre er konsequenterweise kein Organ.⁵⁷⁶

Für die nicht gerechtfertigte haftungsrechtliche Differenzierung zwischen gerichtlichem Sachverständigen und Amtssachverständigen führt *Reischauer* weiters ins Treffen, dass der Richter bei Übernahme einer unrichtigen Sachverständigenauffassung in aller Regel nicht sorgfaltswidrig handle. Daraus ergibt sich, dass sich der Staat des Sachverständigen zur Entscheidungsfindung bediene, „um das Qualifikationsmanko des Juristen außerhalb seines Sachgebietes durch entsprechende Qualifikation anderer zu substituieren“.⁵⁷⁷

Beide Autoren führen im Ergebnis zahlreiche Wertungswidersprüche im Zusammenhang mit der haftungsrechtlichen Unterschiedlichbehandlung im Sinne der Bejahung der Organstellung des Amtssachverständigen einerseits sowie der Verneinung der Organstellung des gerichtlichen Sachverständigen andererseits an. Aus diesem Grund plädiert *Zechner* dafür,

⁵⁷⁴ Vgl *Zechner*, Der gerichtliche Sachverständige, JBl 1986, 415 (422 f).

⁵⁷⁵ Vgl *Reischauer* in *Rummel*³ § 1299 ABGB Rz 23.

⁵⁷⁶ Vgl *Zechner*, Der gerichtliche Sachverständige, JBl 1986, 415 (423). Zur Organstellung des Notars als Gerichtskommissär vgl OGH 18.3.1997, 1 Ob 2309/96g mwN („Es ist in Lehre und Rechtsprechung unstrittig, daß der Notar als Beauftragter des Gerichts (Gerichtskommissär) Organ des Bundes im Sinne des § 1 Abs 2 AHG ist, soweit er hiezu nach § 1 Abs 1 GKG von einem Gericht in einem außerstreitigen Verfahren bestellt wurde.“).

⁵⁷⁷ Vgl *Reischauer* in *Rummel*³ § 1299 ABGB Rz 23.

dass es nur zeitgemäß wäre, wenn auch der gerichtliche Sachverständige von der „Schutzfunktion“ des AHG umfasst wäre. Dazu kommt, dass ein Ausschluss der persönlichen Haftung – im Sinne einer Verringerung von Haftungsängsten – zur Stärkung der Position des Sachverständigen gegenüber den Parteien führen würde.⁵⁷⁸

12.10.2.2.3 Keine Änderung der Judikatur trotz kritischer Stimmen in der Lehre

Mit Entscheidung zu GZ 1 Ob 349/98z⁵⁷⁹ griff der erkennende Senat die (soeben aufgezeigten) kritischen Stimmen der Lehre auf und signalisierte eine gewisse Bereitschaft, seine ständige Rsp einer Überprüfung unterziehen zu wollen, sah sich aber im gegenständlichen Fall deshalb dazu nicht veranlasst, da nicht einmal die Amsthafungsklägerin die bisherige Rsp des OGH bestritten hatte.

Von dem in der Entscheidung 1 Ob 349/98z enthaltenen obiter dictum, wonach eine Änderung der bisherigen ständigen Rechtsprechung zu überdenken sei, wurde nach Ansicht des erkennenden Senats der Entscheidung 1 Ob 1/01f⁵⁸⁰ letztendlich vom Gesetzgeber mit der EO-Novelle 2000 der Boden entzogen.

Durch die EO-Novelle 2000 wurde § 141 EO der Absatz 5 angefügt, welcher regelt, dass der Sachverständige dem Ersterer und allen Beteiligten nach § 1299 ABGB für Vermögensnachteile, die er ihnen durch pflichtwidrige Führung seines Amtes verursacht hat, haftet. Diese Bestimmung soll Klarstellung im Hinblick auf die bisherige Rsp des OGH bringen, welche früher einen Schadenersatzanspruch des Erstehers verneint hat. Weiters ist durch diese Bestimmung klargestellt, dass gerichtlich bestellten Sachverständigen keine Organstellung nach § 1 Abs 2 AHG zukommt. § 141 Abs 5 EO gilt freilich nur für den Bereich des Zwangsversteigerungsverfahrens. *Angst* hält aber fest, dass im Hinblick auf eine mögliche Überprüfung des Verfassungsgerichtshofes zur Frage, ob die Regelung des § 141 Abs 5 EO im Einklang mit Art 23 B-VG steht – dies vor dem Hintergrund, dass für Vermögensschäden aus fehlerhaften Hoheitsakten dem Geschädigten nur Rechtsträger

⁵⁷⁸ Vgl *Zechner*, Der gerichtliche Sachverständige, JBl 1986, 415 (424).

⁵⁷⁹ OGH 19.1.1999, 1 Ob 349/98z = JBl 1999, 672 (*Rummel*: „Ein klassisches *Obiter dictum*.“).

⁵⁸⁰ OGH 24.4.2001, 1 Ob 1/01f = JBl 2001, 788 (*Rummel*) = *ecolex* 2001, 834 = *RdW* 2002, 19; vgl auch OGH 20.10.2004, 7 Ob 247/04f mwN.

haften – auch weiterhin von der Rsp zu prüfen sein wird, ob der Sachverständige im Exekutionsverfahren Organ iSd § 1 Abs 2 AHG ist.⁵⁸¹

Darüber hinaus bedarf es seit der Novelle BGBl I 1998/168 zum SDG gemäß § 2 Abs 2 Z 1 lit i SDG des Abschlusses einer Haftpflichtversicherung nach § 2a SDG für die Eintragung in die Gerichtssachverständigen- und Gerichtsdolmetscherliste. Mit dieser Novellierung hat der Gesetzgeber seinen Willen eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass er alle gerichtlichen Sachverständigen von der Amtshaftung ausgenommen wissen möchte, anderenfalls würde der verpflichtende Abschluss der Haftpflichtversicherung nur der Sicherung der Regressansprüche dienen.⁵⁸² In diesem Sinne hält auch der erkennende Senat im Verfahren zu GZ 1 Ob 1/01f⁵⁸³ fest, dass nunmehr jeder gerichtliche Sachverständige vor Eintragung in die Liste dem die Liste führenden Präsidenten nachzuweisen verpflichtet ist, dass er über eine allfällige Schäden aus seiner gerichtlichen Sachverständigentätigkeit deckende Haftpflichtversicherung bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer verfügt. Diese Versicherung hat der gerichtliche Sachverständige während der Dauer seiner Eintragung aufrechtzuerhalten. Die Mindestversicherungssumme hat gem § 2a Abs 2 SDG EUR 400.000 für jeden Versicherungsfall zu betragen. Der Ausschluss oder eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung des Versicherers ist unzulässig (§ 2a Abs 3 SDG). Im Sinne des Entziehungstatbestandes nach § 10 Abs 1 Z 1 SDG ist der Sachverständige bei Wegfall der Haftpflichtversicherung von der Liste zu streichen. Nach den Materialien zum SDG wird im Fall der Kündigung der Versicherung durch den Versicherungsgeber dem Sachverständigen eine gewisse Übergangsfrist zu gewähren sein.⁵⁸⁴

Durch diese gesetzlichen Änderungen hat sich der OGH im Ergebnis in seiner ablehnenden Haltung hinsichtlich der Verneinung der Organstellung des gerichtlichen Sachverständigen bestätigt erachtet, sodass weiterhin in ständiger Rsp die These vertreten wird, dass der gerichtliche Sachverständige kein Organ iSd § 1 Abs 2 AHG ist.⁵⁸⁵

⁵⁸¹ Vgl *Angst* in *Angst*, Kommentar zur EO² § 141 Rz 12; vgl auch *Feil*, Exekutionsordnung (2010) § 141 EO Rz 4 mwN; Zur Klarstellung, dass dem gerichtlichen Sachverständigen keine Organstellung iSd § 1 Abs 2 AHG zukommen soll, siehe auch die Materialien zur EO-Novelle 2000 (93 BlgNR 21. GP 35).

⁵⁸² Vgl *Dokalik*, Das Recht der Sachverständigen und Dolmetscher (2008) 16.

⁵⁸³ OGH 24.4.2001, 1 Ob 1/01f = JBl 2001, 788 (*Rummel*) = eolex 2001, 834 = RdW 2002, 19.

⁵⁸⁴ 1384 BlgNR 20. GP 9. Zur Pflichtversicherung und zum gesetzlichen Inhalt der Haftpflichtversicherung siehe weiterführend *Schmidt*, Haftpflichtversicherung für Sachverständige, Sachverständige 2011, 18 (24 ff).

⁵⁸⁵ ZB OGH 20.10.2004, 7 Ob 247/04f; 18.04.2007, 8 Ob 30/07f; 10.7.2008, 8 Ob 69/08t.

12.10.2.2.4 Forderung nach Einbeziehung der nichtamtlichen und gerichtlichen Sachverständigen in die Amtshaftung

*Rebhahn*⁵⁸⁶ erachtet die Forderung der Lehre nach Einbeziehung der nichtamtlichen und gerichtlichen Sachverständigen in die Amtshaftung als durchaus gerechtfertigt, da beide in ähnlicher Weise zur Entscheidungsfindung der Behörde beitragen. *Rebhahn* verweist aber auch auf die gegenteilige Auffassung, die damit argumentiert, dass der nichtamtliche und der gerichtliche Sachverständige kaum in die Organisation des Staates eingebunden seien und dadurch deren Aussagen in erster Linie als Beweismittel anzusehen seien. Der ablehnenden Haltung hinsichtlich der Einbeziehung der gerichtlichen Sachverständigen in die Amtshaftung entspreche auch die herrschende Auffassung in Deutschland. In Deutschland wird die ablehnende Haltung damit begründet, dass der Sachverständige kein Amt des Staates wahrnehme, sondern vielmehr einer Bürgerpflicht nachgehe, ähnlich wie Zeugen. Der Sachverständige sei damit nicht integraler Bestandteil des behördlichen Verfahrens, damit fehle ein hinreichend enger Zusammenhang zur eigentlichen Behördentätigkeit. Darüber hinaus können Bürger auch unmöglich vom Richter erwarten, dass dieser für alle möglichen Streitgegenstände die nötige Sachkunde besitzt.⁵⁸⁷

Rebhahn gibt ferner die Auswirkungen der Ausweitung der Haftung auf gerichtliche Sachverständige zu bedenken. Gerichtliche Sachverständige haften nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts persönlich und unmittelbar dem Geschädigten (vgl. § 1300 ABGB). Der Schutzzweck wird dabei weit verstanden, sodass die Sachverständigen trotz mangelnder Vertragsbeziehung jedenfalls den Verfahrensparteien haften, da die Erstattung des Gutachtens mit dem Ziel der Wahrheitsfindung in Bezug auf die jeweiligen Parteien des Verfahrens erfolgt. Nach *Rebhahn* muss dasselbe auch für die nichtamtlichen Sachverständigen des Verwaltungsverfahrens gelten. Die Ausweitung der Haftung auch auf gerichtliche und nichtamtliche Sachverständige hätte somit zur Folge, dass die Sachverständigen als Selbstständige für ihre Kunstfehler erst für grobe Fahrlässigkeit (im Wege des Regressrechts) in Anspruch genommen werden könnten, sie hingegen derzeit auch schon bei leichter Fahrlässigkeit haften. Diese Einschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit würde nach Ansicht von *Rebhahn* „kaum zur Qualität der Aussagen beitragen“ – eine nähere Begründung dieser Ansicht erfolgt allerdings nicht. Als wohl eine andere Auffassung vertretend verweist *Rebhahn* auf *Zechner* und hält dessen Aussage

⁵⁸⁶ Vgl. *Rebhahn*, Staatshaftung (1997) 342 ff.

⁵⁸⁷ Vgl. *Rebhahn*, Staatshaftung (1997) 342 mit Hinweisen auf die deutsche Literatur.

(„Verringerte Haftungsängste stärken die Position des gerichtlichen Sachverständigen gegenüber den Parteien.“)⁵⁸⁸ entgegen, dass man dann wohl das gesamte Haftungsrecht abschaffen müsste, „um die Gesellschaft möglichst angstfrei zu machen“. Seines Erachtens würde eine Ausdehnung der Amtshaftung auf gerichtliche und nichtamtliche Sachverständige nur den Interessen der Parteien an der Durchsetzbarkeit ihrer Ansprüche dienen, welchen insofern leicht entsprochen werden könnte, indem der Nachweis einer Haftpflichtversicherung obligatorisch werden würde.⁵⁸⁹ (Dieser Forderung wurde im Hinblick auf die gerichtlichen Sachverständigen mit Einführung des § 2a SDG vom Gesetzgeber Rechnung getragen.)

Die Stärkung der Position des Sachverständigen darf jedoch nicht unterschätzt werden. Dass Sachverständige entsprechend ihrem Fachwissen jedenfalls die richtigen Schlussfolgerungen aus den festgestellten Tatsachen ziehen müssen, um nicht mit Haftungsansprüchen konfrontiert zu werden, steht außer Frage. Zu bedenken bleibt aber, dass es oftmals auch mehrere Möglichkeiten der Darstellung von Schlussfolgerungen gibt, was dem Sachverständigen einen gewissen Spielraum bei der Formulierung und Ausdrucksweise seines Gutachtens erlaubt. Naturgemäß wird der Sachverständige in solchen Fällen eher zur für ihn am wenigsten problematischen Formulierung greifen, um sich nicht selbst einem Haftungsrisiko auszusetzen und damit ein allfälliges Risiko (künstlich) zu minimieren. Es handelt sich dabei jedenfalls um einen Graubereich minimaler bewusster und unbewusster Einflussnahmen auf die Gutachtenserstattung (derartige Fälle sind wohl überwiegend als Fälle leichter Fahrlässigkeit anzusehen), welche es bestmöglichst auszuschalten gilt, sodass eine Einbeziehung der gerichtlichen und nichtamtlichen Sachverständigen von diesem Standpunkt aus als gerechtfertigt angesehen werden muss.

Kritik am Ausschluss der Amtshaftung für die Tätigkeit von nichtamtlichen (und gerichtlichen) Sachverständigen wird auch von *Kerschner* geübt. Seines Erachtens handelt es sich zwar um eine „durchaus wünschenswerte Präventivwirkung“, führe „aber – bei gleicher Tätigkeit! – zu einer nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung“.⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ *Rebhahn* verweist hier auf *Zechner*, Der gerichtliche Sachverständige, JBl 1986, 415 (424).

⁵⁸⁹ Vgl. *Rebhahn*, Staatshaftung (1997) 342 f mwN.

⁵⁹⁰ Vgl. *Kerschner*, Zivilrechtliche Verantwortung, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 81 (86).

12.10.2.3 Organstellung der beliehenen und der in Pflicht genommenen Sachverständigen

Im Zusammenhang mit der Frage nach Amtshaftung für die Tätigkeit von beliehenen und in Pflicht genommenen Sachverständigen stellt sich einerseits die Frage, wann einem beliehenen oder in Pflicht genommenen Sachverständigen Organstellung iSd § 1 Abs 2 AHG zukommt und andererseits wer im Fall eines beliehenen oder in Pflicht genommenen Unternehmens die Rolle des Sachverständigen einnimmt.

Nach herrschender Auffassung wird die Betrauung von Privaten oder juristischen Personen des Privatrechts mit der Führung der Verwaltung für verfassungsrechtlich zulässig erachtet. Nach Übertragung von nicht hoheitlichen Verwaltungsmaßnahmen sind derartige Angelegenheiten nach der hA nicht mehr als „Angelegenheiten (staatlicher) „Verwaltung“ zu qualifizieren“, anders hingegen bei der Übertragung hoheitlicher Aufgaben.⁵⁹¹

Beliehene sind nach der hA unstrittig als Organe iSd Amtshaftungsrecht (Art 23 B-VG) anzusehen, unklar ist hingegen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Beleihung mit Art 20 Abs 1 B-VG vereinbar ist.⁵⁹² *Adamovich/Funk/Holzinger* sind der Ansicht, dass die Aufzählung in Art 20 Abs 1 B-VG, wonach „auf Zeit gewählte“ oder „ernannte berufsmäßige Organe“ die Verwaltung führen, weder vollständig noch ausschließlich ist. Daher kann auch in verfassungsrechtlich zulässiger Weise Organstellung auf andere Weise als durch „Wahl (mit zeitlich begrenzter Amtsdauer) oder Ernennung (als Beamte in beruflicher Funktion)“, insbesondere auch durch Vertrag, Entsendung, gesetzliche Beleihung oder formlose Inpflichtnahme, begründet werden. Aus diesem Grund geht auch das AHG für die Begründung der Organstellung im Bereich der Hoheitsverwaltung davon aus, dass die Organstellung sowohl durch Wahl, Ernennung oder eine „sonstwie“ erfolgte Bestellung erlangt werden kann.⁵⁹³ *Raschauer* stimmt im Ergebnis *Adamovich/Funk/Holzinger* zu, wenn diese festhalten, dass „wer immer mit einer Funktion in der hoheitlichen oder nicht hoheitlichen Verwaltung betraut wird, unterliegt den Grundsätzen des Art 20 Abs 1 B-VG“.⁵⁹⁴

⁵⁹¹ Vgl. *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG II/1 Art 20 Abs 1 Rz 49: In diesem Sinne gab es keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Privatisierung der ÖBB.

⁵⁹² Vgl. *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG II/1 Art 20 Abs 1 Rz 50 mit einer ausführlichen Auseinandersetzung der vertretenen Ansichten.

⁵⁹³ Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998) Rz 27.046 mwN.

⁵⁹⁴ Vgl. *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG II/1 Art 20 Abs 1 Rz 56 mit Hinweis auf *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998) Rz 27.046.

Die Judikaturlinie des OGH zur Begründung der Organstellung von beliehenen oder in Pflicht genommenen Sachverständigen ist sehr uneinheitlich.⁵⁹⁵

Zum einen wird nach der Rsp des OGH „nicht jeder, der zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben beiträgt, Organ iSd § 1 Abs 2 AHG“.⁵⁹⁶ Organstellung wird dieser Judikaturlinie zufolge nur dann begründet, wenn mit der Beleihung der Auftrag verbunden ist, für den Rechtsträger selbst Hoheitsakte zu setzen bzw diese mitzuvollziehen. Wesentlich ist daher, dass die „Erfüllung der hoheitlichen Aufgabe selbst übertragen“ werde. Private sind insbesondere dann keine Organe, wenn deren Aufgabe zwar eindeutig der Vollziehung dient, sie also einen Beitrag zur Hoheitsverwaltung setzen, dieser Beitrag vielleicht sogar zwischen Vollziehungsakte geschaltet ist, sie aber selbst keinen Hoheitsakt setzen, sondern dieser Beitrag vielmehr eindeutig vom Hoheitsakt abzugrenzen ist.⁵⁹⁷ Eine bloß beratende Funktion sowie eine Tätigkeit des Sachverständigen in einem Verfahren, in dem sein Gutachten ein der freien Beweiswürdigung unterliegendes Beweismittel ist, kann keine Amtshaftung begründen.⁵⁹⁸ Zusammengefasst muss der private Sachverständige unmittelbar bei einem Hoheitsakt mitwirken, um Organ iSd § 1 Abs 2 AHG zu sein.

Zum anderen wird vom OGH genau die gegenteilige Ansicht vertreten, wonach es gleichgültig sei, „ob die Privatperson mit der selbstständigen Setzung von Hoheitsakten ausgestattet ist oder ob die Privatperson „bloß in die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben eingebunden wird, um andere Organe bei deren Besorgung hoheitlicher Aufgaben zu unterstützen oder zu entlasten, ohne dass damit eine Kompetenz zur Setzung von Hoheitsakten kraft selbstständiger EntschlieÙung verbunden wäre“, da „in jedem Fall eine Heranziehung von Privatpersonen zur Besorgung hoheitlicher Aufgaben und damit deren Organstellung zu bejahen“ sei.⁵⁹⁹ Dabei muss diese bloß unterstützende oder entlastende Tätigkeit „im Dienste der Erreichung der eigentlichen hoheitlichen Zielsetzung“ stehen und

⁵⁹⁵ Vgl *Kremser in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006) Rz 7.073.

⁵⁹⁶ OGH 14.1.1987, 1 Ob 679/86 = SZ 60/2; 9.6.1998, 1 Ob 56/98m = SZ 71/99; 23.11.1999, 1 Ob 103/99z = JBl 2000, 320; OGH 24.4.2001, 1 Ob 1/01f = JBl 2001, 788 (*Rummel*) = eolex 2001, 834 = RdW 2002, 19

⁵⁹⁷ RIS-Justiz RS0049954.

⁵⁹⁸ RIS-Justiz RS0026367.

⁵⁹⁹ RIS-Justiz RS0104351; OGH 4.6.1996, 1 Ob 27/95 = SZ 69/132; 25.6.2002, 1 Ob 129/02f; 12.10.2004, 1 Ob 42/04i = RZ 2005,122 EÜ36, 37, 38 - RZ 2005 EÜ36 - RZ 2005 EÜ37 - RZ 2005 EÜ38 = ZVR 2005, 80 (*Danzl*) = ZVR 2005/86 S 295 (*Rihs*) - ZVR 2005, 295 (*Rihs*); 26.2.2009, 1 Ob 176/08a; 6.7.2010, 1 Ob 121/09i = eolex 2010/352 S 955 - eolex 2010, 955; vgl auch *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010) Register 2/Kapitel 1.3/1: „Die Organstellung einer Privatperson kann auch mittels Realaktes erfolgen, wobei die Organstellung auch dann entsteht, wenn die Privatperson zwar selbst nicht mit der Kompetenz ausgestattet wurde, über die Erlassung von Hoheitsakten selbstständig zu entscheiden, jedoch andere Organe bei der Besorgung hoheitlicher Aufgaben unterstützen oder entlasten soll und daher auf dieser Ebene in deren Vollziehung eingebunden wurde.“

einen „hinreichend engen inneren und äußeren Zusammenhang mit hoheitlichen Aufgaben“ aufweisen.⁶⁰⁰ Daran vermag auch nichts der Umstand zu ändern, dass der Private (hier: Bankprüfer) nicht organisatorisch mit dem Rechtsträger verbunden ist und dass er bei Erbringung seiner Leistung (hier: Erstattung des bankaufsichtlichen Prüfberichts) materiell keinen Weisungen unterliegt, so lange er eine „im Dienst der Erreichung der hoheitlichen Zielsetzung“ gelegene Aufgabe besorge.⁶⁰¹ Im Sinne dieser Judikaturlinie sind somit auch nichtamtliche Sachverständige, die nicht selbst zur Setzung von Hoheitsakten ermächtigt sind, unter den genannten Voraussetzungen, als Organ iSd § 1 Abs 2 AHG anzusehen.

Auch in einer der jüngsten Entscheidungen aus März 2011⁶⁰² judiziert der OGH, dass Private nicht nur dann als Organe handeln, wenn sie selbst Hoheitsakte zu setzen haben, sondern es für ein Tätigwerden iSd § 1 Abs 1 AHG auch ausreichend ist, wenn ihre Tätigkeit nur „in der unterstützenden Mitwirkung bei der Besorgung hoheitlicher Aufgaben und Zielsetzungen“ bestehe und sie „in die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben eingebunden werden, um andere Organe bei Besorgung hoheitlicher Aufgaben zu *unterstützen* oder zu *entlasten*“. Entscheidend sei nämlich, „dass eine Aufgabe ihrem Wesen nach hoheitlicher Natur“ sei, dann seien nämlich „auch alle mit ihrer Erfüllung verbundenen Verhaltensweisen als in Vollziehung der Gesetze“ erfolgend anzusehen, sofern sie „nur einen hinreichend engen inneren und äußeren Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabe aufweisen.“

Dieser unterschiedliche Umgang mit der Frage, wann Organstellung eines Privaten, der Aufgaben in Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe ausübt, vorliegt, ist nicht nachvollziehbar, insbesondere auch auf Grund der zeitlichen Überlappung der einzelnen Entscheidungen. Das Fehlen einer klaren Entscheidungslinie des OGH bringt damit große Auslegungsschwierigkeiten mit sich. Meines Erachtens muss der zweiten Judikaturlinie der Vorzug gegeben werden, wonach Organstellung schon bei unterstützender und entlastender Tätigkeit, die einen hinreichend engen Sachzusammenhang im Dienste der Erreichung hoheitlicher Zielsetzung aufweist, gegeben ist. Es kommt jedenfalls auf den Zweck der Tätigkeit für die Begründung der Organstellung an und damit auf eine Abwägung – und nicht Willkür – im Einzelfall. Bei der Tätigkeit von Sachverständigen handelt es sich jedenfalls um eine notwendige Voraussetzung für die hoheitliche Tätigkeit der Behörde, sie ist damit unverzichtbar und substituiert das mangelnde Fachwissen der Behörde.

⁶⁰⁰ RIS-Justiz RS0049897.

⁶⁰¹ OGH 25.3.2003, 1 Ob 188/02g.

⁶⁰² OGH 31.3.2011, 1 Ob 15/11d mwN.

Nach der bisheriger Rsp des OGH (wie bereits oben unter Punkt 12.8.2.5 ausgeführt) waren nur die für beliehene Unternehmen handelnden physischen Personen Organe und als solche von der immunisierenden Wirkung des § 9 Abs 5 AHG umfasst. Mit der Entscheidung 1 Ob 176/08a⁶⁰³ ist der OGH aber von seiner bisherigen Rsp abgegangen und erklärt nunmehr auch die direkte Klage gegen beliehene oder in Pflicht genommene juristische Personen des Privatrechts gem § 9 Abs 5 AHG für unzulässig.⁶⁰⁴ Die Erstreckung dieser immunisierenden Wirkung führt insgesamt zum einem Wandel des Organbegriffs und es kommt ihr aufgrund der großen Anzahl von beliehenen und in Pflicht genommenen juristischen Personen des Privatrechts erhebliche Bedeutung zu; insbesondere trifft dies auch für die zur wiederkehrenden Begutachtung gem § 57a KFG ermächtigten Vereine und Gewerbetreibenden zu. Im Ergebnis sind daher in Abkehr von der bisherigen Rsp sowohl die handelnde physische Person als auch das beliehene Unternehmen selbst von der immunisierenden Wirkung des § 9 Abs 5 AHG umfasst und in konsequenter Fortführung sind nunmehr die beliehenen Unternehmen selbst als Organe iSd § 1 Abs 2 AHG anzusehen. In Zukunft wird daher auch von der generellen Anerkennung der Organstellung von juristischen Personen des Privatrechts samt Anwendung des Regressrechts auszugehen sein (siehe oben Punkt 12.8.2.5.1).

12.10.2.3.1 Der beliehene Sachverständige im Rahmen der wiederkehrenden Begutachtung nach § 57a KFG

Zulassungsbesitzer haben ihr Kraftfahrzeug einer periodischen sog wiederkehrenden Begutachtung gem § 57a KFG zu unterziehen.⁶⁰⁵ Die wiederkehrende Begutachtung dient der Überprüfung, ob das KFZ den Erfordernissen der Verkehrs- und Betriebssicherheit entspricht und ob durch das KFZ nicht übermäßig Lärm, Rauch, Geruch oder schädliche Luftvereinunreinigungen verursacht werden. Zweck der Begutachtung iSd KFG ist nach Ansicht des VfGH zum überwiegenden Teil der Schutz der Allgemeinheit.⁶⁰⁶ Durchgeführt wird die wiederkehrende Begutachtung von Vereinen oder berechtigten Gewerbetreibenden, die vom örtlich zuständigen Landeshauptmann gem § 57a Abs 2 KFG bei Vorliegen der dort genannten Ermächtigungsvoraussetzungen (geeignetes Personal, erforderliche Einrichtung, Vertrauenswürdigkeit) ermächtigt werden. Bei der Ausstattung mit hoheitlicher

⁶⁰³ OGH 26.2.2009, 1 Ob 176/08a (Einrichtung eines Seuchenteppichs durch ein in Pflicht genommenes Unternehmen). Mit Entscheidung zur GZ 1 Ob 224/10p wird vom erkennenden Senat klargestellt, dass auch für Personengesellschaften nichts anderes gelten kann.

⁶⁰⁴ RIS-Justiz RS0124590.

⁶⁰⁵ § 57a KFG nennt gewisse Ausnahmen von der Pflicht zur wiederkehrenden Begutachtung gem § 57a KFG.

⁶⁰⁶ VfSlg 4827/1964; vgl auch OGH 23.1.2007, 1 Ob 255/06s = SZ 2007/5.

Begutachtungs- und Beurkundungskompetenz handelt es sich um eine Beleihung der Vereine und Gewerbetreibenden.⁶⁰⁷ Durchführungsbestimmungen zur Überprüfung (zB Prüfpositionen, gesetzliche Grenzwerte, Mängelstufungen, Qualifikation des Personals) finden sich in der Prüf- und Begutachtungsstellenverordnung (PBStV, BGBl II 1998/78).⁶⁰⁸

Gemäß § 57a Abs 4 KFG hat der Ermächtigte ein Gutachten über den Zustand des ihm vorgeführten Fahrzeuges vor Behebung allenfalls festgestellter Mängel auf einem Begutachtungsformblatt auszustellen. Eine Ausfertigung ist dem Zulassungsbesitzer mitzugeben, eine Ausfertigung verbleibt beim Ermächtigten. Bei positiver Begutachtung ist dem Zulassungsbesitzer gem § 57a Abs 5 KFG eine Begutachtungsplankette („Pickerl“) auszufolgen oder am Fahrzeug anzubringen. Sowohl das Gutachten als auch die Begutachtungsplankette sind öffentliche Urkunden. Die nach positiver Begutachtung am Fahrzeug angebrachte Begutachtungsplankette ist somit Voraussetzung der Zulassung zum Verkehr auf öffentlichen Straßen (§ 36 lit e KFG). Ein Verstoß gegen diese Bestimmung stellt eine Verwaltungsübertretung gem § 134 KFG dar. Die Begutachtungsplankette genießt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung als öffentliche Urkunde den Schutz des § 224 StGB („Fälschung besonders geschützter Urkunden“).⁶⁰⁹ Der beliehene Verein oder Gewerbetreibende ist in jedem Fall gem § 57a Abs 4 KFG verpflichtet, somit auch bei Vorliegen von Mängeln, ein Begutachtungsformblatt auszustellen, sodass sowohl die positive als auch die negative Begutachtung schriftlich zu erfolgen haben. Im Fall einer negativen Begutachtung sind alle vorliegenden Mängel des Kraftfahrzeuges in das Gutachten aufzunehmen, da der Zulassungsbesitzer darauf vertrauen darf, dass alle schweren Mängel im Gutachten angeführt sind. Die Erstattung eines unvollständigen, falschen Gutachtens ist rechtswidrig, sodass Amtshaftung für Unfallschäden zu bejahen ist, wenn die schuldhaftes Unterlassung der Anführung eines schweren Mangels ursächlich für den Unfall wurde.⁶¹⁰

Nach der Rsp des OGH erfolgt die positive wiederkehrende Begutachtung gem § 57a KFG durch die ermächtigten Vereine und Gewerbetreibenden in Vollziehung der Gesetze, sodass die für den Verein oder Gewerbetreibenden handelnden Personen Organe des Rechtsträgers Bund iSd § 1 Abs 2 AHG sind.⁶¹¹ An der Organstellung vermag auch nichts die Tatsache

⁶⁰⁷ Vgl *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht³ (1987) 356.

⁶⁰⁸ Vgl *Wegrath*, Das § 57a-Gutachten in Theorie und Praxis, Sachverständige 2010, 68 (68).

⁶⁰⁹ Vgl *Kienapfel/Schroll* in Wiener Kommentar² § 224 StGB RZ 18 mwN.

⁶¹⁰ OGH 4.4.1990, 1 Ob 3/90 = JBl 1991, 180 (*Rebhahn*).

⁶¹¹ RIS-Justiz RS0049956; OGH 18.2.1981, 1 Ob 34/80 = SZ 54/19 = JBl 1981, 649 = ZVR 1982/24 S 17. Nach dem Abgehen von der bisherigen Rsp des OGH (vgl OGH 26.2.2009, 1 Ob 176/08a), sind nunmehr die Vereine und Gewerbetreibende als beliehene Unternehmen selbst als Organe iSd § 1 Abs 2 AHG anzusehen.

ändern, dass den Behörden gegenüber den ermächtigten Vereinen und Gewerbetreibenden kein Weisungsrecht zukommt, zumal auch anerkannt ist, „dass das Weisungsprinzip des Art 20 Abs 1 B-VG auf bestimmte typische Teilbereiche beschränkt sein muss“. Dazu kommt, dass eine fachtechnische Begutachtung durch einen Sachverständigen, welche als unmittelbare Rechtsfolge die Ausstellung der Begutachtungsplankette und damit die Schaffung einer Voraussetzung für die Teilnahme bzw deren Verlängerung am öffentlichen Verkehr zur Folge hat, vom Wesen her keinen Weisungen zugänglich ist.⁶¹²

Aber auch die negative Begutachtung nach § 57a KFG erfolgt nach der Rsp in Vollziehung der Gesetze.⁶¹³ Grundsätzlich ist ein von der Verwaltung gesetztes hoheitliches Handeln nur bekämpfbar, wenn es sich um einen Bescheid oder um einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt handelt. Es ist in der Verwaltungsrechtslehre allerdings auch anerkannt, dass es neben der Erlassung von Bescheiden und der Ausübung von unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt noch „weiteres hoheitliches Verwaltungshandeln“ geben kann. Aufgrund einer negativen Begutachtung nach § 57a KFG wird dem Zulassungsbesitzer die Ausgabe der Begutachtungsplankette verweigert und führt in weiterer Folge dazu, dass das Kraftfahrzeug nicht mehr auf Straßen mit öffentlichem Verkehr verwendet werden darf. Ein Eingriff in subjektive öffentliche Rechte des Zulassungsbesitzers ist daher zu bejahen. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, dass eine „einheitliche, der Hoheitsverwaltung zuzurechnende Aufgabe ihrem Wesen nach in allen Teilbereichen hoheitlicher Natur ist, sodass selbst die Tätigkeiten, die den Hoheitsakt bloß vorbereiten, kraft Zusammenhanges gleichfalls hoheitlicher Natur“ sind. Rechtswidriges Organverhalten ist somit gegeben, wenn das Organ ein unvollständiges und damit ein falsches Gutachten erstattet.⁶¹⁴

Hinsichtlich der Art der Sachverständigen im Zusammenhang mit der wiederkehrenden Begutachtung besteht Uneinigkeit in der Lehre. Für *Happacher Brezinka* werden in der Privatwirtschaft tätige Sachverständige durch Beleihung zu Amtssachverständigen (zB im Rahmen der Überprüfung von KFZ gem § 124 KFG).⁶¹⁵ Dieser Ansicht kann jedoch schon aufgrund der zwingenden Eingliederung der Amtssachverständigen in den Verwaltungsapparat nicht gefolgt werden. *Schragel* anerkennt am Beispiel der wiederkehrenden Begutachtung gem § 57a KFG die Organstellung von jenen privaten

⁶¹² OGH 18.2.1981, 1 Ob 34/80 mwN = SZ 54/19 = JBl 1981, 649 = ZVR 1982/24 S 17.

⁶¹³ RIS-Justiz RS0049816; OGH 4.4.1990, 1 Ob 3/90 = JBl 1991, 180 (*Rebhahn*).

⁶¹⁴ OGH 4.4.1990, 1 Ob 3/90 mwN = JBl 1991, 180 (*Rebhahn*).

⁶¹⁵ Vgl *Happacher Brezinka* in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 1.087.

Sachverständigen („auch wenn sie nicht Amtssachverständige sind“), da sie unmittelbar vom Gesetz berufen sind, mit ihrem Gutachten unmittelbare Rechtswirkungen für die Partei herbeizuführen.⁶¹⁶ Ausgehend von der Meinung *Schragels*, unter Berücksichtigung der neuen Judikatur (vgl OGH 1 Ob 176/08a), wonach nunmehr der Rechtsweg gem § 9 Abs 5 AHG auch gegenüber beliebigen Unternehmen unzulässig ist, und unter der Annahme, dass fortan die beliebigen Unternehmen selbst als Organe iSd § 1 Abs 2 AHG anzusehen sind, kann es sich bei Begründung der Organstellung im Rahmen der wiederkehrenden Begutachtung wohl nur um eine Organstellung kraft besonderer gesetzlicher Ermächtigung (Organstellung kraft Sonderkompetenz) der ermächtigten Vereine, im Sinne von beliebigen „Sachverständigenvereinen“, handeln.

Bei der Bestimmung des § 57a KFG handelt es sich um ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB.⁶¹⁷ Der Schutzbereich des KFG wird vom OGH sehr weit ausgelegt, da die wiederkehrende Begutachtung ganz allgemein Schäden verhindern soll, „die sich aus einer allenfalls fehlenden Verkehrs- und Betriebssicherheit des Kraftfahrzeuges“ ergeben. Zweck der Bestimmung ist insbesondere die Verhinderung von Verkehrsunfällen, sodass in den Schutzbereich all jene Rechtsgüter einzubeziehen sind, die „bei einem solchen Ereignis Schaden erleiden können“. Das (fehlerhaft) begutachtete KFZ ist daher auch Schutzobjekt.⁶¹⁸ Grundsätzlich sind daher alle Unfallschäden aus einem mangels Betriebs- und Verkehrssicherheit verursachten Unfalls zu ersetzen. Vom Schutzzweck des § 57a KFG sind daher auch die absolut geschützten Rechtsgüter aller Unfallbeteiligten umfasst. Nicht geschützt sind hingegen reine Vermögensschäden, da weder der Wortlaut der Bestimmung noch die Intention des Gesetzgebers Anhaltspunkte für deren Schutz geben.⁶¹⁹ Nach der ständigen Rsp des OGH kann mittels Amtshaftungsklage Ersatz für all jene Unfallschäden, die durch ein Gutachten nach § 57a KFG, welches unrichtigerweise die Betriebs- und Verkehrssicherheit attestiert hat und welches in weiterer Folge aufgrund der tatsächlichen mangelnden Betriebs- und Verkehrssicherheit zu einem Verkehrsunfall geführt hat, begehrt werden.⁶²⁰ Der bestehende Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem Schaden und der nicht ordnungsgemäßen Prüfung ist Haftungsvoraussetzung. Entscheidend ist weiters, dass der unfallauslösende Mangel bei ordnungsgemäßer Überprüfung erkannt werden hätte können

⁶¹⁶ Vgl *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 41.

⁶¹⁷ RIS-Justiz RS0108063.

⁶¹⁸ OGH 28.1.2003, 1 Ob 8/03p = ZVR 2004/24 = JBl 2003, 866.

⁶¹⁹ OGH 23.1.2007, 1 Ob 255/06s = SZ 2007/5.

⁶²⁰ RIS-Justiz RS0117456; OGH 23.1.2007, 1 Ob 255/06s = SZ 2007/5.

(Kausalität).⁶²¹ Darüber hinaus muss ein schuldhaftes Verhalten des Sachverständigen vorliegen.

12.10.3 Handeln in Vollziehung der Gesetze durch Sachverständige

12.10.3.1 Amtshaftung nur für hoheitliche Tätigkeit des Sachverständigen

Gemäß § 1 Abs 1 AHG haften die Rechtsträger nur für jenen Schaden, den die als ihre Organe handelnden Personen *in Vollziehung der Gesetze* wem immer zugefügt haben. Das AHG kommt daher nur im Bereich der Hoheitsverwaltung zur Anwendung, sodass nun die Frage zu erörtern ist, unter welchen Voraussetzungen der jeweilige Sachverständige hoheitlich tätig wird, anderenfalls haftet der dem Geschädigten nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts persönlich.

12.10.3.2 Tätigkeit des Sachverständigen als Hilfsorgan im Verwaltungsverfahren

Nach der Rsp wird Handeln in Vollziehung der Gesetze bei einem nach § 52 Abs 1 AVG dem Verwaltungsverfahren beigezogenen amtlichen Sachverständigen angenommen.⁶²² Sowohl dem amtlichen als auch dem nichtamtlichen Sachverständigen kommt im Verwaltungsverfahren *nur* die Stellung eines *Hilfsorgans* der Behörde zu. Als Hilfsorgan der Behörde unterstützen sie diese bei der Klärung schwieriger Sachverhaltsfragen. Eine entscheidende Rolle nehmen Sachverständige bspw im gewerberechlichen Betriebsanlageverfahren ein. Die Feststellung, ob sachverhaltsbezogen die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 77 GewO vorliegen, ist Gegenstand des Beweises durch Sachverständige auf dem Gebiet der gewerblichen Technik und auf dem Gebiet des Gesundheitswesens.⁶²³ Der gewerbetechnische Sachverständige hat sich darüber zu äußern, „welcher Art die von einer Betriebsanlage nach dem Projekt des Genehmigungswerbers zu erwartenden Einflüsse auf die Nachbarschaft sind, welche Einrichtungen der Betriebsanlage als Quelle solcher Immissionen in Betracht kommen, ob und durch welche Vorkehrungen zu erwartende Immissionen verhütet oder verringert und welcher Art und Intensität die verringerten Immissionen noch sein werden“. Ausgehend vom Gutachten des technischen Sachverständigen, hat der ärztliche Sachverständige darzulegen, „welche Einwirkungen die zu erwartenden unvermeidlichen Immissionen nach Art und Dauer auf den menschlichen

⁶²¹ OGH 24.6.1997, 1 Ob 2331/96t (Entscheidung betrifft Begutachtung gem § 55 KFG).

⁶²² OGH 20.3.1985, 1 Ob 7/85 mwN = SZ 58/42 = JBl 1985, 628 = EvBl 1985/125 S 624; 10.6.1987, 1 Ob 7/87 mwN (E betrifft Gutachten von Amtssachverständigen für Raumordnungsfragen und für Naturschutz).

⁶²³ VwGH 27.11.1990, 90/04/0149; 1.7.1997, 97/04/0048.

Organismus (entsprechend den in diesem Zusammenhang im § 77 Abs 2 GewO enthaltenen Tatbestandsmerkmalen) auszuüben vermögen“. Bei Bedarf werden auch Sachverständige aus anderen Fachrichtungen beigezogen (zB Chemotechniker, Meteorologen, Geologen, wasserbautechnische Sachverständige, etc).⁶²⁴

Die Aufgabe des jeweiligen Sachverständigen im Verwaltungsverfahren ist es, durch Erstattung von Befund und Gutachten der Behörde ein Beweismittel zu liefern, welches die Behörde ausgehend vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung frei nach dessen innerem Wahrheitsgehalt zu würdigen hat.⁶²⁵ So kommt auch nach *Walter/Thienel* einem Amtsgutachten „keine beweismachende Monopolstellung“ zu, vielmehr ist auch das Gutachten des Amtssachverständigen nach dessen innerem Wahrheitsgehalt zu würdigen.⁶²⁶ Dem VwGH zufolge ist allein aus dem Umstand, dass einem Sachverständiger eine höhere amtliche Stellung zukommt, dessen fachlicher Äußerung kein höherer Beweiswert beizumessen als der fachlichen Äußerung eines anderen Sachverständigen.⁶²⁷ Dies darf jedoch nicht nur im Verhältnis zwischen zwei oder mehreren Amtssachverständigen gelten, sondern muss auch im Verhältnis zwischen einem Amtssachverständigen und einem nichtamtlichen Sachverständigen dazu führen, dass beide Gutachten gleichwertig nebeneinander stehen. Im Ergebnis ist daher der Beweiswert des Gutachtens eines Amtssachverständigen nicht höher als der eines nichtamtlichen Sachverständigen.

Anders als der nichtamtliche Sachverständige kann der amtliche Sachverständige gem § 55 Abs 1 AVG mit der selbstständigen Vornahme eines Augenscheins betraut werden. Darüber hinausgehende Aufgaben kommen weder dem amtlichen noch dem nichtamtlichen Sachverständigen im Verwaltungsverfahren zu, sodass kein (beachtlicher) Funktionsunterschied gegeben ist.⁶²⁸

Sowohl der amtliche als auch der nichtamtliche Sachverständige vermitteln der Behörde Fachwissen und Erfahrungssätze, über die die Behörde selbst nicht verfügt (anderenfalls wäre die Aufnahme eines Sachverständigenbeweises nicht notwendig iSd § 52 Abs 1 AVG),

⁶²⁴ Vgl *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO³, § 77 Rz 28; *Paliege-Barfuß*, GewO¹⁴ (2011) 158; vgl auch *Kuzminski/Balthasar*, Der Sachverständigenbeweis in Verfahren betreffend gewerbliche Betriebsanlagen, wbl 1992, 227 (227 ff).

⁶²⁵ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 4 f; vgl auch VwGH 12.10.1972, 2396/71.

⁶²⁶ Vgl *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I² (1998) § 52 AVG E 117.

⁶²⁷ VwGH 12.10.1972, 2396/71; vgl auch VfSlg 4929/1965 (Grundsatz der freien Beweiswürdigung).

⁶²⁸ Zur weitestgehenden Funktionsgleichheit von Amtssachverständigen und gerichtlichen Sachverständigen vgl *Harrer*, Zivilrechtliche Haftung, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 177 (190); ebenso *Kerschner*, Zivilrechtliche Verantwortung, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 81 (86).

welche aber für die Beurteilung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes erforderlich sind.⁶²⁹ Damit substituieren Sachverständige das mangelnde Fachwissen der Behörde, welches aber jedenfalls notwendig ist, um eine Entscheidung zu fällen, also einen Hoheitsakt zu setzen. Umgekehrt wäre die Beiziehung eines Sachverständigen gerade unzulässig, wenn die Behörde über das nötige Fachwissen selbst verfügt. Dies würde zu dem unbefriedigenden Ergebnis führen, dass der Rechtsträger dann für fehlerhafte Sachverständigentätigkeit haftet, wenn die fehlerhafte fachliche Beurteilung des verfahrensrelevanten Sachverhaltes auf das entscheidende Organ selbst zurückzuführen ist, wenn aber ein Sachverständiger beizuziehen ist, kommt es darauf an, ob es sich dabei um einen amtlichen oder nichtamtlichen Sachverständigen handelt. Bei Tätigwerden des Letzteren wäre Amtshaftung ausgeschlossen. Diese Ansicht entbehrt jeder Sachlichkeit.

12.10.3.3 Sonstigen Aufgaben des Amtssachverständigen im Bereich der öffentlichen Verwaltung

Neben seiner Tätigkeit als *Hilfsorgan* der Behörde im Verwaltungsverfahrensrecht kommen dem Amtssachverständigen im Verwaltungsrecht weitergehende Befugnisse hoheitlicher Natur zu. So kommen beispielsweise dem Amtsarzt sanitätspolizeiliche Befugnisse zur Bekämpfung von Seuchen, Epidemien oder zur Abwehr von unmittelbar drohenden Gefahren durch mit ansteckenden Krankheiten befallene Personen zu.⁶³⁰ Dem Amtsarzt kommen weiters Befugnisse im Bereich des Hebammenwesens zu (vgl §§ 13 ff der 3. DVO zum Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens: Beaufsichtigung der Hebammen, Prüfung der sich zum Hebammenberuf gemeldeten Personenen, Entscheidung über Bedarf von Hebammen, etc).⁶³¹ Erstattet beispielsweise ein Amtssachverständiger ein vom Gesetz zwingend vorgesehenes Gutachten, welches Grundlage der Erteilung der Lenkerberechtigung ist, so übt er dabei eine hoheitliche Tätigkeit aus.⁶³² Erstattet hingegen der Amtsarzt im gewerberechlichen Betriebsanlagenverfahren ein Gutachten, ist dieses Gutachten bloßes Beweismittel und nach der freien Überzeugung der Behörde zu würdigen.

⁶²⁹ Vgl Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 5.001.

⁶³⁰ Vgl Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 5.004 unter Hinweis auf § 5 GeschlechtskrankheitenG, § 4 Abs 5 AIDS-G, § 35 der 3. DVO zum Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens (Dienstordnung für die Gesundheitsämter).

⁶³¹ Zu den Befugnissen des Amtsarztes vgl Attlmayr in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Handbuch (2006) Rz 5.004.

⁶³² OGH 27.2.1996, 1 Ob 6/96.

Nach der jüngeren Rsp des OGH kommt für die fehlerhafte gutachterliche Tätigkeit eines Amtssachverständigen Amtshaftung immer nur dann in Betracht, wenn das konkrete Gutachten einer hoheitlich wahrzunehmenden Verwaltungsmaterie zuzuordnen und damit als Hoheitsakt zu qualifizieren ist.⁶³³ Dieser Grundsatz muss konsequenterweise für jegliches Tätigwerden eines Amtssachverständigen in Erfüllung seiner Dienstpflicht gelten. Diese Rsp steht allerdings im Widerspruch zur jener Rsp des OGH, wonach Amtssachverständige nicht im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung tätig werden, sodass „nur die Zuordnung zur Hoheitsverwaltung in Betracht“ komme.⁶³⁴ Letzterer Ansicht ist schon allein deswegen nicht zu folgen, da unter dem Begriff „Amtssachverständiger“ grundsätzlich jeder fachkundige Organwalter einer Behörde zu verstehen ist, sodass es nur auf die konkret wahrzunehmende Dienstpflicht des jeweiligen Organwalters und dessen Zuordnung zum hoheitlichen Verwaltungsbereich ankommen kann.

Dass die Abgrenzung der Hoheits- von der Privatwirtschaftsverwaltung mitunter sehr schwer und umstritten ist, zeigt die Entscheidung des OGH zu GZ 1 Ob 49/05w⁶³⁵, in welcher der OGH – entgegen der Judikatur des VfGH und des VwGH – die Unterbringung einer Minderjährigen in einer psychiatrischen Beobachtungsstation mittels vorläufiger Maßnahme nach § 215 Abs 1 zweiter Satz ABGB⁶³⁶ durch den Jugendwohlfahrtsträger als „Handeln in Vollziehung der Gesetze“ qualifiziert hat.⁶³⁷ Nach Ansicht des OGH beruht die Rechtsprechung des VfGH und des VwGH auf einer „verkürzten Perspektive bei der Beurteilung der für Hoheitsakte maßgebenden Voraussetzungen“. Gegenständlich sei das massive öffentliche Interesse, „dem Verdacht der sexuellen Misshandlung eines Kindes sogleich auf den Grund zu gehen und dabei unverzüglich die zur Erreichung dieses Zieles allenfalls erforderlichen Zwangsmaßnahmen zu setzen“ vernachlässigt worden. Der OGH

⁶³³ RIS-Justiz RS0120112; OGH 24.6.2005, 1 Ob 49/05w unter Hinweis auf *Schragel*, Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 41.

⁶³⁴ OGH 20.3.1985, 1 Ob 7/85 mwN = SZ 58/42 = JBl 1985, 628 = EvBl 1985/125 S 624.

⁶³⁵ OGH 24.6.2005, 1 Ob 49/05w = Zak 2005/63 S 38 - Zak 2005,38 = JBl 2006, 117 = Jus-Extra OGH-Z 4038 = Jus-Extra OGH-Z 4039 = ÖA 2005, 306 (*Wienerroither*) = *Schwimann*, ÖA 2006, 9 = *Weitzenböck*, ÖA 2006, 9 = ZVR 2006/42 S 175 (*Danzl*) - ZVR 2006, 175 (*Danzl*) = RZ 2006/11 S 106 - RZ 2006,106 = SZ 2005/92; aA VwSlg 14326 A/1995; VfSlg 11492/1987.

⁶³⁶ Gemäß § 215 Abs 1 ABGB hat der Jugendwohlfahrtsträger die zur Wahrung des Wohles eines Minderjährigen erforderlichen gerichtlichen Verfügungen im Bereich der Obsorge zu beantragen (Satz 1). Nach Satz 2 kann der Jugendwohlfahrtsträger bei Gefahr im Verzug die erforderlichen Maßnahmen der Pflege und Erziehung vorläufig mit Wirksamkeit bis zur gerichtlichen Entscheidung selbst treffen; er hat diese Entscheidung unverzüglich, jedenfalls innerhalb von acht Tagen, zu beantragen. Im Umfang der getroffenen Maßnahmen ist der Jugendwohlfahrtsträger vorläufig mit der Obsorge betraut (Satz 3).

⁶³⁷ RIS-Justiz RS0120111.

spricht sich somit im Ergebnis gegen die hM⁶³⁸, welche Maßnahmen nach § 215 Abs 1 zweiter Satz ABGB als privatwirtschaftliches Verhalten qualifiziert, aus, da bei der Qualifikation als Privatrechtshandeln die Interessen der Allgemeinheit übergangen werden und im Falle der Durchsetzung von Interessen der Allgemeinheit mit behördlichem Zwang gewöhnlich keine Zweifel am Einsatz dieses Zwanges als hoheitliches Mittel bestehen. Die vom VfGH (vgl VfSlg 11492/1987) vertretene Ansicht, wonach „die Ausübung unmittelbaren Zwanges auch dem Privatrecht nicht ganz fremd“ sei, überzeugt den erkennenden Senat nicht, zumal trotz Ausübung privatrechtlicher Selbsthilfe gem § 344 ABGB eines Privaten gegen einen Einbruchsdieb bei Einschreiten eines Polizisten in Wahrnehmung einer Aufgabe der Sicherheitspolizei im Dienste der Allgemeinheit unter Anwendung von Gewalt kein Zweifel daran aufkomme, dass dieser hoheitlich handelt, nur weil sich der Sacheigentümer nach privatrechtlichen Grundsätzen „gegen einen Einbruchsdieb mit dem gleichen Maß an Gewalt hätte zur Wehr setzen dürfen“. Nach Ansicht des OGH⁶³⁹ handelt der Jugendwohlfahrtsträger bei Setzung erforderlicher Zwangsmaßnahmen (Anordnung von unaufschiebbaren vorläufigen Maßnahmen mangels Einwilligung der obsorgeberechtigten Personen gem § 215 Abs 1 zweiter Satz ABGB auch gegen deren Willen) hoheitlich. Das Handeln des vom Jugendwohlfahrtsträger beigezogenen Amtssachverständigen zur Klärung des Verdachts der sexuellen Misshandlung eines Kindes wurde ebenfalls als hoheitlich angesehen, folglich kommt nach Ansicht des OGH Amtshaftung für Schäden aus diesem Gutachten in Betracht.

Diese Entscheidung wurde in der Lehre heftig kritisiert.⁶⁴⁰ Nach Ansicht von *Wienerroither* ist die Entscheidung 1 Ob 49/05w insgesamt verfehlt. Soweit der OGH seine Ansicht mit dem öffentlichen Interesse an der verfahrensgegenständlichen Maßnahme begründet, hält *Wienerroither* dieser Argumentation entgegen, dass ein öffentliches Interesse an praktisch allen Handlungen der Jugendwohlfahrtsträger bestehe, sodass man letztlich sämtliche, auch freiwillige auf schriftlicher Vereinbarung beruhende Maßnahmen der Erziehungshilfe durch den Jugendwohlfahrtsträger als hoheitliches Handeln ansehen müsse. Darüber hinaus führt

⁶³⁸ Vgl *Stabentheiner in Rummel*³, § 215 ABGB Rz 3: § 215 Abs 1 zweiter Satz ABGB regelt keine hoheitliche Maßnahme, welche im Verwaltungsweg oder vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts bekämpft werden könnte, das Handeln als Amtskurators liegt vielmehr im Bereich des Privatrechts und damit allein unter der Kontrolle des Pflugschafts- oder Vormundschaftsgerichts. Vgl auch *Weitzenböck in Schwimann*, ABGB³ I (2005) § 215 ABGB Rz 3 mwN.

⁶³⁹ OGH 24.6.2005, 1 Ob 49/05w.

⁶⁴⁰ Vgl *Wienerroither*, Anmerkungen zur Entscheidung 1 Ob 49/05w des Obersten Gerichtshofes, ÖA 2005, 311; unter Bezugnahme auf die Kritik von *Wienerroither* vgl auch *Schwimann* sowie *Weitzenböck*, Über den Hoheitsverwaltungscharakter der Maßnahmen nach § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB, ÖA 2006, 9.

Wienerroither ins Treffen, dass ausgehend von einer Sofortmaßnahme als Hoheitsakt, der Rechtsweg zu den Unabhängigen Verwaltungssenaten offen stehen müsse, um die Rechtmäßigkeit der vom Jugendwohlfahrtsträger ausgeübten unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt gem Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG überprüfen zu lassen. § 215 Abs 1 zweiter Satz ABGB sieht allerdings eine zwingende Antragstellung zur Wahrung des Wohles eines Minderjährigen des Jugendwohlfahrtsträgers beim Pflugschaftsgericht vor. Die Überprüfung einer Maßnahme hinsichtlich deren Rechtmäßigkeit durch das Gericht und durch den Unabhängigen Verwaltungssenat wäre allerdings verfassungsrechtlich (Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung) äußerst bedenklich. Gegen das Vorliegen einer Maßnahme im Rahmen der Hoheitsverwaltung spricht für *Wienerroither* auch, dass das Gesetz in § 215 Abs 1 zweiter Satz ABGB den Jugendwohlfahrtsträger vorläufig mit der Obsorge betraut und dieser „quasi an Stelle der ursprünglich Erziehungsberechtigten somit ohne Befehls- und Zwangsgewalt (*imperium*)“ handelt.⁶⁴¹ *Weitzenböck* bedauert, dass der Entscheidung 1 Ob 49/05w kurze Zeit später eine weitere Entscheidung, nämlich 1 Ob 58/05v⁶⁴², gefolgt ist, in welcher der hoheitliche Charakter einer Maßnahme nach § 215 Abs 1 zweiter Satz ABGB ebenfalls bejaht wurde, zumal der alleinige Zweck des § 215 Abs 1 ABGB der Schutz des einzelnen betroffenen Kindes sei.⁶⁴³ Die Lehre zeigt somit – folgend der Rsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts – sehr schlüssig den nichthoheitlichen Charakter der Maßnahmen des Jugendwohlfahrtsträgers nach § 215 Abs 1 zweiter Satz ABGB auf, sodass dieser Ansicht – auch aus Gründen des Rechtsschutzes im Hinblick auf die Überprüfbarkeit der Maßnahme allein durch die Gerichte – gefolgt werden muss. Das vom OGH ins Treffen geführte öffentliche Interesse an derartigen Maßnahmen ist zweifelsohne unbestritten, dieses begründet allerdings für sich noch nicht den hoheitlichen Charakter einer Maßnahme.

Es kann daher festgehalten werden, dass Amtssachverständige sowohl im Bereich der Hoheits- als auch in der Privatwirtschaftsverwaltung tätig werden. Im Einzelfall muss geprüft werden, welchem Bereich das vom Amtssachverständigen gesetzte Verhalten in Erfüllung seiner Dienstpflicht zuzuordnen ist, da Amtshaftung nur für Handeln in Vollziehung der Gesetze in Frage kommt.

⁶⁴¹ Vgl *Wienerroither*, Anmerkungen zur Entscheidung 1 Ob 49/05w des Obersten Gerichtshofes, ÖA 2005, 311 (313 f).

⁶⁴² OGH 27.9.2005, 1 Ob 58/05v = *ecolex* 2006, 202/69 – *ecolex* 2006/69 = *Weitzenböck*, ÖA 2006, 9 (Entscheidung betrifft die Unterbringung eines Kindes in einem Kriseninterventionszentrum zur Gewährleistung der „gedeihlichen Entwicklung“ des Minderjährigen).

⁶⁴³ Vgl *Weitzenböck*, Über den Hoheitsverwaltungscharakter der Maßnahmen nach § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB, ÖA 2006, 9 (9).

12.10.4 Argumente für die Einbeziehung des nichtamtlichen Sachverständigen in die Amtshaftung

Aufgrund des Themas dieser Dissertation werden im Folgenden nur Argumente für die Einbeziehung des nichtamtlichen Sachverständigen in den Bereich der Amtshaftung dargestellt, wobei indirekt mit dieser Argumentation auch Kritik am Ausschluss der gerichtlichen Sachverständigen von der Amtshaftung geübt wird.

12.10.4.1 Bestellung im Einzelfall iSd § 1 Abs 2 AHG

Der Organbegriff des § 1 Abs 2 AHG ist sehr weit auszulegen.⁶⁴⁴ Die Organstellung im Sinne dieser Bestimmung ist unabhängig von der Dauer der Bestellung – es genügt eine Bestellung im Einzelfall – sowie von der Art der Bestellung (Wahl, Ernennung, sonstige Bestellung) und der Art des Rechtsverhältnisses zum Rechtsträger (öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches Verhältnis).

Wenn die Aufnahme eines Sachverständigenbeweises im Verfahren notwendig wird, ist dem Verfahren vorrangig ein Amtssachverständiger und nur unter gewissen Voraussetzungen (vgl § 52 Abs 2 und Abs 3 AVG) eine andere geeignete Person dem Verfahren als Sachverständiger beizuziehen. Es handelt sich dabei nach der hM um keine Ermessensentscheidung der Behörde.⁶⁴⁵ Der Amtssachverständige wird dem Verfahren formlos beigezogen, die Beiziehung stellt gegenüber den Verfahrensparteien lediglich eine Verfahrensordnung dar. Eine *andere geeignete Person* wird mittels verfahrensrechtlichem Bescheid zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt (gegenüber den Parteien handelt es sich um eine nicht selbstständig anfechtbare Verfahrensordnung gem § 63 Abs 2 AVG), die Behörde handelt somit mit *Imperium*. Nach Ansicht des VfGH ist das Rechtsverhältnis zwischen Behörde und nichtamtlichen Sachverständigen zweifelsohne von hoheitlicher Natur. § 52 Abs 4 AVG umschreibt dabei jenen Personenkreis, welcher der Bestellung Folge zu leisten hat („[...] wer zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt ist oder wer die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis die Voraussetzung der geforderten Begutachtung ist, öffentlich als Erwerb ausübt oder zu deren Ausübung ermächtigt ist.“). Diese Bestimmung normiert daher eine öffentliche Pflicht zur Erfüllung der Sachverständigentätigkeit, welche die Behörde im Einzelfall mit Bescheid

⁶⁴⁴ Die weite Auslegung des Organbegriffs iSd Amtshaftungsrechts zeigt sich auch in der jüngsten Jud des OGH (zB OGH 26.2.2009, 1 Ob 176/08a).

⁶⁴⁵ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 9.

anordnet. Der öffentlich-rechtliche Charakter des Rechtsverhältnisses zeigt sich auch in der vorzunehmenden Vereidigung des Sachverständigen und in dem daraus resultierenden Unterordnungsverhältnis zur Behörde, „nach deren näheren Weisungen er tätig zu werden hat“. Der VfGH hält in diesem Erkenntnis weiters fest, dass der aus der Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen entstandene Kostenaufwand mit der Tätigkeit selbst „aufs engste zusammenhängt, weil er durch eine Tätigkeit verursacht ist, die der Behörde zur Rechtsfindung im Streitfalle unentbehrlich war“. Aus diesem Grund bildet der Sachverständigenaufwand einen Bestandteil der Verfahrenskosten (vgl § 76 Abs 1 AVG).⁶⁴⁶ Wesentlich sind daher das Unterordnungsverhältnis des nichtamtlichen Sachverständigen zur Behörde und der Umstand, dass diese dem Sachverständigen Weisungen erteilen kann.

Für die Frage der Organstellung unbeachtliche Unterschiede zwischen dem amtlichen und dem nichtamtlichen Sachverständigen ergeben sich lediglich im Hinblick auf die Dauer des Rechtsverhältnisses zur Behörde, da Letzterer nur für den Einzelfall bestellt ist, sowie im Hinblick auf die grundsätzliche Zulässigkeit der Beiziehung des nichtamtlichen Sachverständigen aufgrund des Vorrangs von Amtssachverständigen. Nach dem Wortlaut des § 1 Abs 2 AHG begründet auch die Bestellung im Einzelfall Organstellung. Ungeachtet dessen ist auch beim Amtssachverständigen eine Befristung seiner beruflichen Tätigkeit möglich. Auf die Art des Rechtsverhältnisses kommt es ebenfalls nach dem Wortlaut des § 1 Abs 2 AHG nicht an, da es keine Rolle spielt, ob der jeweilige Sachverständige durch Ernennung oder Bestellung (öffentlich-rechtliches Verhältnis) oder durch Vertrag (privatrechtliches Verhältnis) Organstellung erlangt. Im Gegensatz zum amtlichen Sachverständigen steht der nichtamtliche Sachverständige zwingend in einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zur Behörde.

Der nichtamtliche Sachverständige erfüllt jedenfalls die von § 1 Abs 2 AHG geforderten Bedingungen zur Erlangung der Organeigenschaft (Bestellung im Einzelfall, Rechtsverhältnis zur Behörde). Für die Dauer seiner Tätigkeit ist der nichtamtliche Sachverständige daher als Organ im Sinne des AHG anzusehen.

⁶⁴⁶ VfSlg 2847/1955.

12.10.4.2 Weisungsbindung des nichtamtlichen Sachverständigen

Ausgehend von der Annahme, dass der nichtamtliche Sachverständige Organstellung erlangt, ist auch von seiner grundsätzlichen Weisungsbindung auszugehen.⁶⁴⁷ Gem Art 20 Abs 1 B-VG sind alle untergeordneten Organe an die Weisungen der ihnen übergeordneten Organe gebunden. *Adamovich/Funk* beziehen in die Frage nach der Weisungsgebundenheit von Sachverständigen neben dem Amtssachverständigen auch ausdrücklich den nichtamtlichen Sachverständigen mit ein.⁶⁴⁸ Die überwiegende Lehre verneint hingegen die Stellung des nichtamtlichen Sachverständigen als weisungebundenen Verwaltungsorgan.⁶⁴⁹ Aufgrund der These, dass auch der nichtamtliche Sachverständige als Verwaltungsorgan (auf Zeit) anzusehen ist, stellt sich die Frage nach der Weisungsgebundenheit des nichtamtlichen Sachverständigen in gleicher Weise wie für den amtlichen Sachverständigen.⁶⁵⁰ Auch wenn wertungsmäßig jener Auffassung, wonach die Ausübung der Sachverständigentätigkeit autonom auszuüben ist und daher die Weisungsbindung von Sachverständigen zu verneinen wäre, zu folgen ist, muss im Ergebnis der die Weisungsbindung bejahenden Ansicht mangels einer verfassungsgesetzlichen Ausnahme der Vorzug gegeben werden. Richtigerweise wären daher Sachverständige – sowohl amtliche als auch nichtamtliche Sachverständige – von einer fachlichen Weisungsbindung verfassungsgesetzlich auszunehmen, um jegliche Einflussnahme auf die Sachverständigentätigkeit zu unterbinden. Eine organisatorische Weisungsbindung, ebenso wie eine Bindung an den Gutachtensauftrag und das Beweisthema, sind freilich zu bejahen. Da sich das Weisungsrecht der Behörde unmittelbar aus der Verfassung (Art 20 Abs 1 B-VG) ergibt, ist kein Platz für ein auf privatrechtlichen Grundsätzen basierendes Weisungsrecht (zB Weisungsrecht des Dienstgebers gem § 1151 ABGB). Es ist somit nicht einzusehen, warum das Tätigwerden eines nichtamtlichen Sachverständigen,

⁶⁴⁷ Anderer Ansicht *Probst*, Amtssachverständige und bestellte Sachverständige, in *Huber/Jesionek/Miklau* (Hrsg), Festschrift für Moos (1997) 165 (173): Gegenüber dem nichtamtlichen Sachverständigen kommt der Behörde kein allgemeines Weisungsrecht zu, sondern „nur eine im Nutzen des Verfahrens und im Interesse der Parteien gelegene Betreuungspflicht, die wahrzunehmen ist und deren letzte Konsequenz die in § 49 Abs 5 AVG vorgesehene Sanktion (Kostensatz bzw Ordnungsstrafe)“ für den Fall der Säumnis oder Unwilligkeit des nichtamtlichen Sachverständigen. Vgl auch RIS-Justiz RS0049749: Der nichtamtliche Sachverständige ist nach der hL kein weisungsgebundenes Verwaltungsorgan, da er nicht in den hoheitlichen Meinungsbildungsprozess eingebunden ist und nur in Verfahren herangezogen wird, „in denen nach den Verfahrensgesetzen die hoheitlichen Handlungen der Amtsorgane von den Handlungen der Verfahrensbeteiligten (Parteien, Zeugen, Sachverständige) deutlich getrennt werden“.

⁶⁴⁸ Vgl *Adamovich/Funk*, Verfassungsrecht³ (1985) 245 f.

⁶⁴⁹ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 131; *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht⁴ (2009) Rz 406.

⁶⁵⁰ Unter Punkt 9.3 wurde bereits die Frage der Weisungsgebundenheit des Amtssachverständigen eingehend beleuchtet.

welcher die Weisungen der Behörde zu befolgen hat, nicht dem jeweiligen Rechtsträger zuzurechnen ist.

12.10.4.3 Kein Widerspruch zur Anwendung der §§ 49, 50 AVG

§ 52 Abs 4 letzter Satz AVG normiert, dass die Bestimmungen §§ 49, 50 AVG auch für nichtamtliche Sachverständige gelten. Durch diese Anordnung stellt das Gesetz den nichtamtlichen Sachverständigen in die Nähe des Zeugen.⁶⁵¹ § 49 AVG regelt die Entschlagungsrechte von Zeugen sowie die Art der Geltendmachung (Glaubhaftmachung). Gemäß § 50 AVG ist jeder Zeuge vor Beginn seiner Vernehmung über die für die Vernehmung maßgebenden persönlichen Verhältnisse zu befragen und zu ermahnen, die Wahrheit anzugeben und nichts zu verschweigen. Erscheint der Zeuge ohne ausreichende Entschuldigung (vgl § 19 Abs 3 AVG) nicht zu seiner Einvernahme oder verweigert er ohne ausreichende Begründung die Aussage, kann dem Zeugen die Verpflichtung zum Ersatz aller durch seine Säumnis oder Weigerung verursachten Kosten bzw im Fall der ungerechtfertigten Aussageverweigerung eine Ordnungsstrafe (vgl § 34 AVG) auferlegt werden (§ 49 Abs 5 AVG).⁶⁵²

Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf den nichtamtlichen Sachverständigen kann allerdings nicht zur Versagung der Organstellung desselbigen führen. Im Gegensatz zum (nichtamtlichen) Sachverständigen sind Zeugen (physische) Personen, die mündlich über ihre Wahrnehmungen von einem Vorgang oder eine Tatsache berichten, die sie grundsätzlich außerhalb (dh vor Einleitung des Verfahrens) und nicht für den Zweck des konkreten Verfahrens gemacht haben.⁶⁵³ Wesentlicher Unterschied zwischen dem Sachverständigen und dem Zeugen ist daher, dass zum Sachverständigen jeder bestellt kann werden, der über die nötigen Fachkenntnisse verfügt, hingegen kann Zeuge nur derjenige sein, der eigene Wahrnehmungen für die Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes hat. Wegen seiner subjektiven Wahrnehmungen ist der Zeuge nicht ersetzbar, die Funktion des nichtamtlichen Sachverständigen kann allerdings jede über das nötige Fachwissen verfügende, *geeignete Person* bekleiden. Das ergibt sich auch daraus, dass der Sachverständige auch durch das entscheidende Organ selbst „ersetzt“ werden kann, da ein Sachverständiger nicht beigezogen werden muss, wenn das entscheidende Organ selbst die nötigen Fachkenntnisse hat.

⁶⁵¹ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 55; *Kletatsky*, Der Sachverständigenbeweis im Verwaltungsverfahren, ÖJZ 1961, 309 (309); RIS-Justiz RS0049749.

⁶⁵² Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 55.

⁶⁵³ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 48 Rz 2 mwN.

Die Anwendbarkeit §§ 49, 50 AVG auf nichtamtliche Sachverständigen kann als Substituierung von Regelungslücken im Unterschied zum Amtssachverständigen betrachtet werden. So kann der Amtssachverständige jedenfalls fachfremde Gutachtensaufträge ablehnen.⁶⁵⁴ Die Möglichkeit, bei fehlendem Fachwissen die Aussage (Erstattung des Gutachtens) abzulehnen, ergibt sich für nichtamtliche Sachverständige, die der Bestellung zum gem § 52 Abs 4 AVG Folge zu leisten haben, erst durch die Anwendbarkeit der §§ 49, 50 AVG.⁶⁵⁵ Dem Amtssachverständigen können bei grundloser Weigerung zwar keine Ordnungsstrafen auferlegt werden, dienstrechtliche Konsequenzen sind aber naheliegend. So kann auch bei häufiger Weigerung eine Entlassung gerechtfertigt sein. Sanktionslos ist damit weder eine Weigerung von Zeugen und nichtamtlichen Sachverständigen noch Amtssachverständigen. Darüber hinaus unterliegt auch der Amtssachverständige der Wahrheitspflicht (vgl § 289 StGB).

12.10.4.4 Grundsatz der freien Beweiswürdigung

Wenn nun der OGH die Organstellung des Amtssachverständigen aus dessen spezifischer Einbindung in das Gefüge der Verwaltungsbehörde sowie der darauf aufbauenden Autorität seines Gutachtens ableitet (vgl OGH 1 Ob 49/05w), steht diese Begründung in einem Widerspruch einerseits zum Organbegriff des § 1 Abs 2 AHG und andererseits zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Verwaltungsverfahren. Wie bereits dargestellt, wird der Organbegriff des § 1 Abs 2 AHG weit ausgelegt. Für eine Qualifikation eines Organs mit spezifischerer Einbindung in den Verwaltungsapparat als ein anderes Organ findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt. Darüber hinaus ist aus der Entscheidung nicht ableitbar, woraus sich diese „spezifische Einbindung“ konkret ergibt. Vielmehr ist der Amtssachverständige ein Organwalter, der der erkennenden Behörde beigegeben ist oder ihr zur Verfügung steht (vgl § 52 Abs 1 AVG). Die Eingliederung in den Verwaltungsapparat stellt jedenfalls keine Besonderheit dar, insbesondere kommt dem Amtssachverständigen im Vergleich zu anderen Organwaltern keine besondere (spezifischere) Stellung zu. Die Bedeutung des Amtssachverständigen kann wohl nur in seiner gutachterlichen Tätigkeit im Verfahren gesehen werden, wobei sich seine Einbindung im Verfahren nicht von der Funktion des nichtamtlichen Sachverständigen unterscheidet. Sofern also die Beziehung eines

⁶⁵⁴ Zum Recht des Amtssachverständigen fachfremde Gutachtensaufträge abzulehnen vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 147.

⁶⁵⁵ Vgl *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 148: Lediglich jene nichtamtlichen Sachverständigen, die der Bestellung nicht gem § 52 Abs 4 AVG Folgen leisten müssen, können ohne nähere Begründung die Begutachtung ablehnen.

nichtamtlichen Sachverständigen zulässig ist, nimmt dieser keine andere Funktion als ein Amtssachverständiger ein.⁶⁵⁶ Man könnte daher auch sagen, dass sich die Organstellung des nichtamtlichen Sachverständigen aus seiner spezifischen Einbindung in den Verwaltungsapparat ergibt, zumal Organstellung auch bei Beiziehung im Einzelfall begründet wird.

Ebenso verfängt das Argument der auf der spezifischen Einbindung des Amtssachverständigen aufbauenden Autorität seines Gutachtens. Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (vgl § 45 Abs 2 AVG) hat die Behörde nach freier Überzeugung Beweise zu würdigen. Der Beweiswert eines Beweismittels ergibt sich aus dessen innerem Wahrheitsgehalt, sodass sich daraus auch die Gleichwertigkeit aller Beweismittel ergibt.⁶⁵⁷ Auch Sachverständigengutachten unterliegen der freien Beweiswürdigung und sind ausschließlich nach deren Schlüssigkeit und Aussagekraft zu beurteilen. Mehrere Gutachten stehen unabhängig von der Funktion oder dem Rang der Sachverständigen verfahrensrechtlich gleichwertig nebeneinander, sodass auch dem Gutachten eines Amtssachverständigen keine „beweismachende Monopolstellung“ zukommt.⁶⁵⁸ Somit kommt auch dem Gutachten eines Amtssachverständigen gegenüber dem Gutachten eines nichtamtlichen Sachverständigen kein höherer Beweiswert zu, sodass eine Autorität des Gutachtens des Amtssachverständigen nicht gegeben ist und alle Beweismittel gleichwertig nebeneinander stehen.

Ein generelles Problem der Beweiswürdigung von Sachverständigengutachten und damit einer einhergehenden „generellen dominierenden Stellung“ des Sachverständigen im Verfahren ist wohl darin zu sehen, dass die Behörde oftmals außer Stande ist, das Gutachten des Sachverständigen tatsächlich auf dessen inneren Wahrheitsgehalt zu überprüfen, insbesondere wenn das Gutachten detailliertes Spezialwissen enthält, was zumeist der Fall sein wird. Die Entscheidung der Behörde folgt meist dem Sachverständigengutachten, sodass in Wahrheit oftmals eine Entscheidung des Sachverständigen anstelle einer Entscheidung durch die Behörde vorliegt. Die freie Beweiswürdigung reduziert sich damit auf Null. Ein guter Ansatzpunkt wäre, das Informationsgefälle zwischen der Behörde und dem Sachverständigen zu verringern, sodass die Behörde selbst in der Lage ist, das Gutachten

⁶⁵⁶ Wie bereits dargelegt (siehe Punkt 12.10.3.2), ist kein Funktionsunterschied zwischen dem amtlichen und dem nichtamtlichen Sachverständigen erkennbar. Der mangelnde Funktionsunterschied kann daher auch für die Organstellung des nichtamtlichen Sachverständigen ins Treffen geführt werden.

⁶⁵⁷ Anderes kann sich aus den Verwaltungsvorschriften ergeben, zur Beweiskraft von Urkunden vgl § 47 AVG. Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 45 Rz 10.

⁶⁵⁸ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 45 Rz 11 f mwN; *Kletatsky*, Der Sachverständigenbeweis im Verwaltungsverfahren, ÖJZ 1961, 309 (311).

(zumindest in groben Zügen) inhaltlich nachzuvollziehen und damit zu würdigen. Geeignete Maßnahmen wären daher bspw Schulungen der entscheidungszuständigen Organwalter der Behörde im jeweiligen Fachgebiet, was allerdings mit Zeit und Kosten verbunden wäre. Ebenso wäre es wichtig, Verständigungsschwierigkeiten zwischen den Beteiligten des Verfahrens durch mehr Kooperation der Behörde mit den Sachverständigen und den Parteien zu minimieren. Parteien haben zwar ein Recht auf Parteiengehör, allerdings gibt es im AVG kein normiertes Recht auf Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen. Darüber hinaus haben die Parteien das Recht, dem Gutachten des (nicht)amtlichen Sachverständigen mittels Privatsachverständigengutachtens entgegenzutreten und das Gutachten dadurch zu überprüfen. Die Kosten eines solchen Privatgutachtens müssen die Parteien freilich selbst tragen. Ob allerdings einem solchen Privatgutachten in der Praxis wirklich derselbe Beweiswert – es gilt schließlich der Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel – zukommt, darf dahingestellt bleiben.

Gerade diese generelle dominierende Stellung von (nicht)amtlichen Sachverständigen im Verfahren gebietet, auch die Organstellung des nichtamtlichen Sachverständigen anzuerkennen, da es aus Sicht der Beweiswürdigung keinen Unterschied macht, ob ein amtlicher oder ein nichtamtlicher Sachverständiger ein Gutachten erstattet; beide Gutachten sind einer Überprüfung durch die Behörde (mangels Fachwissens) meist unzugänglich. Da eine Sorgfaltswidrigkeit des entscheidenden Organwalters nur in Ausnahmefällen anzunehmen ist, verlagert sich die Haftung in den meisten Fällen auf den Sachverständigen. Hat das fehlerhafte Gutachten ein nichtamtlicher Sachverständiger erstattet, hat der Rechtsträger „Glück“, denn er haftet nicht.

12.10.4.5 Der nichtamtliche Sachverständige als Beliehener

In der Lehre wird der nichtamtliche Sachverständige wie selbstverständlich mit dem gerichtlichen Sachverständigen verglichen.⁶⁵⁹ Dieser Vergleich ist meines Erachtens aber nur begrenzt tauglich, da der nichtamtliche Sachverständige und der gerichtliche Sachverständige nur scheinbar dieselbe Stellung im jeweiligen Verfahren einnehmen. Unbestritten liefern beide die Grundlage für die Entscheidung der verfahrensleitenden Behörde oder des Gerichts. Nicht verkannt werden dürfen die generellen Unterschiede zwischen einem Verwaltungs- und einem Gerichtsverfahren. So entscheiden in einem Verwaltungsverfahren weisungsgebundene Verwaltungsorgane (vgl Art 20 Abs 1 B-VG), während die Richter im Gerichtsverfahren

⁶⁵⁹ Vgl dazu die Ausführung oben unter Punkt 12.10.2.2.

weisungsfrei sind (vgl. Art 87 Abs 1 B-VG). In diesem Sinne sind auch die als Amtssachverständige tätigen Verwaltungsorgane im Verwaltungsverfahren mangels verfassungsgesetzlicher Ausnahme an Weisungen gebunden (siehe Punkt 9.3). Grundlage für eine Weisungsgebundenheit von gerichtlichen Sachverständigen gibt es keine, sodass folglich von deren Weisungsfreiheit ausgegangen werden muss (die Verpflichtung der Bestellung Folge zu leisten, ergibt sich aus dem SDG). Vor diesem Hintergrund erscheint es unsachgemäß, die die Organstellung verneinende Argumentation hinsichtlich des gerichtlichen Sachverständigen „automatisch“ auf den nichtamtlichen Sachverständigen zu übertragen, zumal bei Vorliegen eines weisungsgemäßen Verhaltens in aller Regel vom Organ kein Rückersatz verlangt werden kann (§ 4 AHG).

Zum Vergleich des nichtamtlichen Sachverständigen mit dem gerichtlichen Sachverständigen wird man insoweit verleitet, als gem § 52 Abs 4 AVG gerichtlich beeidete und zertifizierte Sachverständige der Bestellung zum nichtamtlichen Sachverständigen im Verwaltungsverfahren Folge zu leisten haben. Dabei wird übersehen, dass gem § 52 Abs 2 AVG unter nichtamtlichen Sachverständigen ganz generell „andere geeignete Personen“ zu verstehen sind, gem Abs 4 haben gerichtliche Sachverständige der Bestellung Folge zu leisten. § 52 Abs 4 AVG behandelt damit nicht die Frage, wer aller ein nichtamtlicher Sachverständige sein kann – nämlich jeder, der über die nötigen Fachkenntnisse verfügt – sondern welcher Personenkreis der Bestellung zu folgen hat und folglich welche Personen die Bestellung grundlos verweigern können.

Geeigneter erscheint daher der Vergleich des nichtamtlichen Sachverständigen mit dem Amtssachverständigen, da beide im Verwaltungsverfahren tätig werden. Wie bereits dargelegt (siehe Punkt 12.10.3.2) ist kein Funktionsunterschied zwischen dem amtlichen und dem nichtamtlichen Sachverständigen erkennbar. Für die Organstellung unbeachtliche Unterschiede ergeben sich lediglich im Hinblick auf die Dauer des Rechtsverhältnisses zur Behörde und etwaige Divergenzen hinsichtlich der Art des Rechtsverhältnisses. Schon aus dem mangelnden Funktionsunterschied zwischen amtlichen und nichtamtlichen Sachverständigen ergibt sich daher, dass der nichtamtliche Sachverständige haftungsrechtlich nicht anders behandelt werden darf.

Fest steht, dass sowohl dem amtlichen als auch dem nichtamtlichen Sachverständigen keine Entscheidungskompetenz zusteht und es keinerlei Bindungswirkungen des entscheidenden Organs an das jeweilige Gutachten gibt. Dadurch ist auszuschließen, dass es sich bei der

gutachterlichen Tätigkeit im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens um einen Hoheitsakt handelt, da erst die Erlassung des Bescheides als Verfahrensentscheidung in Vollziehung der Gesetze geschieht. Sowohl beim Gutachten des amtlichen als auch des nichtamtlichen Sachverständigen handelt es sich jedoch um eine wesentliche Entscheidungsgrundlage, ohne welche die Setzung eines Hoheitsaktes nicht möglich wäre. Das Gutachten ist somit eine unentbehrliche Voraussetzung für die Bescheiderlassung. Mangels einer auf Dauer angelegten Eingliederung in den Verwaltungsapparat und der offenkundigen Unterscheidung des Gesetzgebers zwischen amtlichen und nichtamtlichen Sachverständigen bietet sich daher der Vergleich der Stellung des nichtamtlichen Sachverständigen mit der Stellung einer beliebigen natürlichen Person oder juristischen Person des Privatrechts an.⁶⁶⁰

Meines Erachtens gilt es daher jener Judikaturlinie des OGH zur Beleihung und Inpflichtnahme Beachtung zu schenken, nach welcher auch eine bloß unterstützende oder entlastende Tätigkeit, welche im Dienste der Erreichung der eigentlichen hoheitlichen Zielsetzung steht und dabei einen hinreichend engen inneren und äußeren Zusammenhang mit hoheitlichen Aufgaben aufweist, für die Qualifikation als hoheitliches Handeln iSd § 1 AHG ausreicht.⁶⁶¹ Obwohl die gutachterliche Tätigkeit des nichtamtlichen Sachverständigen nicht als Hoheitsakt per se zu qualifizieren ist, da dem nichtamtlichen Sachverständigen keinerlei Befugnisse zur Setzung von Hoheitsakten übertragen werden, ist die Tätigkeit aber jedenfalls als unterstützende bzw entlastende Tätigkeit im Dienste der Erreichung der eigentlichen hoheitlichen Zielsetzung anzusehen (die Konsequenz wäre, dass sich der Verfahrensleiter oder ein anderes Organ, welches der Behörde beigegeben ist oder zur Verfügung steht, das nötige Fachwissen aneignen müsste), welche in einem so engen inneren und äußeren Zusammenhang mit einem Hoheitsakt (Bescheid) steht, dass die gutachterliche Tätigkeit des nichtamtlichen Sachverständigen aus diesem Grund als hoheitliches Handeln iSd § 1 AHG qualifiziert werden muss. Der hinreichend enge innere und äußere Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabe ergibt sich aus der *Notwendigkeit* des Sachverständigenbeweises (siehe Punkt 3).

⁶⁶⁰ Diese Ansicht vertreten einzig - soweit ersichtlich - auch *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht³ (1987) 356 („Mit hoheitlicher Begutachtungs- und Beurkundungskompetenz beliehen sind [...] weiters nichtamtliche Sachverständige, die von der Behörde innerhalb oder außerhalb eines Verwaltungsverfahrens herangezogen werden, [...]“).

⁶⁶¹ RIS-Justiz RS0049897.

12.10.4.6 Schutz der Partei und des Sachverständigen

Ein weiterer wichtiger Aspekt für die Einbeziehung des nichtamtlichen Sachverständigen in die Amtshaftung ist der Schutz des Geschädigten, begründet in einer unsachlichen Schlechterstellung. Wenn ein Amtssachverständiger ein fehlerhaftes Gutachten erstattet, dieses zur Entscheidungsgrundlage eines Bescheides einer Verwaltungsbehörde wird und der Partei (oder einer anderen Person, welche vom Schutzzweck erfasst ist) durch den rechtswidrigen Bescheid ein Schaden erwächst, steht dem Geschädigten ein Amtshaftungsanspruch gegen den Rechtsträger des entscheidenden Organs zu und damit ein ausreichender Haftungsfond zur Verfügung. Wenn derselbe Schaden allerdings auf das fehlerhafte Gutachten eines nichtamtlichen Sachverständigen zurückzuführen ist, hat der Geschädigte nach der Rsp und der überwiegenden Lehre bloß einen deliktischen Schadenersatzanspruch nach allgemeinem Zivilrecht gegen den nichtamtlichen Sachverständigen. Selbst bei Obsiegen des Geschädigten im Verfahren gegen den schuldhaft und rechtswidrig handelnden nichtamtlichen Sachverständigen trägt der Geschädigte allerdings noch das Risiko der Deckung dieses Anspruchs, da jede Exekutionsführung zwecklos ist, wenn der Verpflichtete kein Vermögen hat und dem Geschädigten nur eine Insolvenzforderung bleibt.

Aufgrund des Insolvenzrisikos des nichtamtlichen Sachverständigen versagt meines Erachtens auch der Vergleich des nichtamtlichen Sachverständigen mit dem gerichtlichen Sachverständigen. Letzterer ist vor Eintragung in die Gerichtssachverständigen- und Gerichtsdolmetscherliste verpflichtet, gemäß § 2a Abs 1 SDG eine Haftpflichtversicherung zur Deckung der aus seiner gerichtlichen Sachverständigentätigkeit gegen ihn entstehenden Schadenersatzansprüche nachzuweisen. Eine derartige Verpflichtung besteht für nichtamtliche Sachverständige nicht. Freilich gibt es auch keine „Liste für nichtamtliche Sachverständige“, vor deren Eintrag der Abschluss einer Haftpflichtversicherung nachzuweisen wäre. Es ist zwar durchaus üblich, dass gerichtlich beeidete und allgemein zertifizierte Sachverständige iSd § 1 Abs 1 DSG als nichtamtliche Sachverständige einem Verwaltungsverfahren beigezogen werden (§ 52 Abs 4 AVG normiert, dass dieser Personenkreis der Bestellung Folge zu leisten hat), allerdings kommt als nichtamtlicher Sachverständiger auch jede andere geeignete Person in Frage, sofern diese das für das jeweilige Verfahren nötige Fachwissen hat. So ist auch denkbar, dass ein Bergbauer zu Fragen aus seinem Fachgebiet ein Gutachten zu erstatten hat (bekanntlich muss nicht jedes Gutachten auf wissenschaftlichem Niveau erfolgen), weil kein Amtssachverständiger das

nötige Spezialwissen wie der konkrete Bauer hat. Ein großer Haftungsfall erschöpft womöglich die finanziellen Mitteln eines einfachen Bauern bzw erschwert dessen wirtschaftliches Fortkommen. Aber auch ein kleiner Gewerbetreibender, der ein Gutachten als nichtamtlicher Sachverständiger erstattet, verfügt womöglich nicht über große Haftungssummen. Letzteren trifft aber gem § 52 Abs 4 AVG die Pflicht, der Bestellung Folge zu leisten. Der Bauer ist zwar grundsätzlich nicht dazu verpflichtet, der Bestellung Folge zu leisten, womöglich erachtet er das Folgeleisten der Bestellung als seine „persönliche Bürgerpflicht“ bzw sogar als Ehre, dass ihm die wichtige Aufgabe der Gutachtenserstattung in einem verwaltungsbehördlichen Verfahren anvertraut wurde. Mit der Bestellung einer Person zum nichtamtlichen Sachverständigen, welche über keine Haftpflichtversicherung für Schäden aus der gutachterlichen Tätigkeit verfügt – sei es, weil sie nicht dazu verpflichtet ist oder über keine freiwillige Versicherung verfügt – ist sowohl für den Geschädigten als auch für den Sachverständigen selbst ein großes finanzielles Risiko verbunden. Diejenigen, die von der Gutachtenserstattung in erster Linie profitieren, da anderenfalls keine (rechtmäßige) Sachentscheidung möglich wäre, nämlich die Behörde und folglich auch der Rechtsträger, tragen hingegen keinerlei Risiko. Die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen ist damit die für die Behörde und den Rechtsträger kosten- und risikogünstigste Art der Aufnahme eines Sachverständigenbeweises.

Die Einführung einer verpflichtenden Haftpflichtversicherung würde zwar das persönliche Haftungsrisiko des Sachverständigen minimieren, würde allerdings auch die Behörde in der Beiziehung *anderer geeigneter Personen* beschränken, da sie nur jene Experten heranziehen könnte, die eine derartige Haftpflichtversicherung abgeschlossen haben. Der Handlungsspielraum der Behörde wäre daher stark eingeschränkt und jedenfalls nicht zielführend, um den Erfordernissen des einzelnen Verfahrens gehörig (im Sinne einer flexiblen Beiziehung von Experten) Rechnung zu tragen.

Es ist zu beachten, dass sich die Behörde ohnehin nur *ausnahmsweise* – bei Vorliegen der Voraussetzungen gem § 52 Abs 2 und Abs 3 AVG – eines nichtamtlichen Sachverständigen bedienen kann. Zur Beiziehung kommt es bspw dann, wenn die zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen zu sehr ausgelastet sind und – der wohl häufigste Fall – Spezialwissen für das Verfahren benötigt wird, über welches kein zur Verfügung stehender oder beigegebener Amtssachverständiger verfügt. Die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen ist für die Partei mit Kostenfolgen verbunden, da die Gebühren des Sachverständigen (vgl § 53a AVG) von der Partei zu tragende Barauslagen iSd § 76 AVG

darstellen. Nach *Kletatsky* bedeutet in diesem Sinne das Wort „ausnahmsweise“ in § 52 Abs 2 AVG auch einen „Schutz der Parteien vor Kosten“.⁶⁶² Neben finanziellen Aspekten kann die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen auch aus organisatorischer Sicht weniger attraktiv sein, da Amtssachverständige oftmals im selben Gebäude wie die entscheidende Behörde arbeiten, sodass eine größere Flexibilität des Amtssachverständigen einen weiteren Vorteil gegenüber dem nichtamtlichen Sachverständigen darstellen kann. Die Beiziehung von nichtamtlichen Sachverständigen bringt daher jedenfalls gewisse Nachteile für die Partei mit sich. Nicht einzusehen ist daher, dass den Parteien auch das enorme Haftungsrisiko im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines nichtamtlichen Sachverständigen aufgebürdet wird. Sofern eine Beiziehung gem § 52 Abs 2 AVG nicht möglich ist, ist die Beiziehung gem § 52 Abs 3 AVG auch nur dann zulässig, wenn die Kosten einen von der Partei bestimmten Betrag voraussichtlich nicht überschreiten. Der Schutz der Parteien vor Kosten muss daher konsequenterweise nicht nur den Schutz vor Barauslagen, sondern vor allem auch den Schutz vor Haftungsrisiken vor Augen haben.

12.10.4.7 Wertung

Wie soeben aufgezeigt, sprechen zahlreiche Gründe für die Bejahung der Organstellung des nichtamtlichen Sachverständigen, insbesondere die Bestellung des nichtamtlichen Sachverständigen gemäß § 1 Abs 2 AHG im Einzelfall sowie dessen gutachterliche Tätigkeit im Verfahren, welche als unterstützende Tätigkeit im Dienste der Erreichung der eigentlichen hoheitlichen Zielsetzung – weil sie einen hinreichend engen inneren und äußeren Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabe aufweist – zu qualifizieren ist.

Durch die strengen Voraussetzungen des § 52 Abs 2 und Abs 3 AVG für die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen ist der Ausnahmecharakter der Beiziehung nichtamtlicher Sachverständiger gewährleistet.

Es darf nicht übersehen werden, dass einer Privatperson durch die Bestellung zum nichtamtlichen Sachverständigen, insbesondere wenn diese der Bestellung gem § 52 Abs 4 AVG Folge zu leisten hat, durch die Behörde Pflichten auferlegt werden. Diese Pflichten (Erstattung von Befund und Gutachten) dienen ausnahmslos der rechtmäßigen Vollziehung der Gesetze. Die Tätigkeit des Sachverständigen ermöglicht daher erst das Setzen eines

⁶⁶² Vgl *Kletatsky*, Der Sachverständigenbeweis im Verwaltungsverfahren, ÖJZ 1961, 309 (311).

Hoheitsaktes, sodass die rechtmäßige Durchführung eines Verwaltungsverfahrens ohne die Mitwirkung eines Sachverständigen schlicht unmöglich wäre. Insbesondere aus diesem Blickwinkel ist nicht einzusehen, warum dem nichtamtlichen Sachverständigen das (primäre) Haftungsrisiko aufgebürdet wird.⁶⁶³ Bedient sich doch der Rechtsträger meist dann eines nichtamtlichen Sachverständigen, wenn es besonders komplexe Sachverhalte zu begutachten gilt, da ein Amtssachverständiger in diesen Ausnahmefällen oftmals mangels Spezialwissens nicht zur Verfügung steht. Auch wenn amtliche Sachverständige quantitativ um ein Vielfaches häufiger im Verwaltungsverfahren tätig werden, ist die Tätigkeit von nichtamtlichen Sachverständigen aus haftungsrechtlicher Sicht oftmals mit einem größeren Risiko verbunden.

Unter Berücksichtigung der rechtmäßigen, ausnahmsweisen Beziehung des nichtamtlichen Sachverständigen sowie dessen unentbehrliche Tätigkeit für die Entscheidungsfindung der Behörde lässt sich jedenfalls keine haftungsrechtliche Ungleichbehandlung des nichtamtlichen Sachverständigen im Vergleich zum amtlichen Sachverständigen rechtfertigen. Vielmehr handelt es sich bei der Nichteinbeziehung des nichtamtlichen Sachverständigen in den Bereich der Amtshaftung um eine unsachliche Differenzierung, da die Beziehung des nichtamtlichen Sachverständigen im überwiegenden öffentlichen Interesse (Durchführung der Verwaltung) steht. Richtigerweise ist daher auch der nichtamtliche Sachverständige als Organ iSd § 1 Abs 2 AHG anzusehen, sodass Amtshaftung auch für eine fehlerhafte Tätigkeit des nichtamtlichen Sachverständigen in Betracht kommt.

12.10.5 Schutzzweck der Verwaltungsmaterie am Beispiel des Baurechts

Maßgebend für die Ersatzpflicht des Rechtsträgers nach dem AHG ist der spezifische Schutzzweck der verletzten Norm.⁶⁶⁴ So dient bspw das Baubewilligungsverfahren der Bewahrung der Allgemeinheit vor Gefahren, die mit der Ausführung von Bauten, die mit den bestehenden Bauordnungen nicht im Einklang stehen, verbunden sind.⁶⁶⁵ Die baurechtlichen Schutzbestimmungen bezwecken somit vorwiegend den Schutz öffentlicher Interessen.⁶⁶⁶ Ist allerdings der erwähnte Schutzzweck gegenüber dem Bauwerber (Beauftragten) zu bejahen, hat der Rechtsträger nach Maßgabe des AHG auch für dessen Schaden zu haften.⁶⁶⁷

⁶⁶³ Das Organ kann immer noch über den Regressweg vom Rechtsträger zur Verantwortung gezogen werden (vgl § 3 AHG). Zum Rückersatzanspruch des Rechtsträgers gegenüber dem Organ siehe Punkt 12.9.2.

⁶⁶⁴ Vgl *Rebhahn*, Staatshaftung (1997) 377. Zum Schutzzweck der Norm siehe auch oben Punkt 12.5.1.

⁶⁶⁵ RIS-Justiz RS0023011.

⁶⁶⁶ Vgl *Helmberg*, Amtshaftung im Baurecht, bbl 1998, 151 (155).

⁶⁶⁷ RIS-Justiz RS0111784; vgl *Rebhahn*, Staatshaftung (1997) 377.

Nach der älteren Rsp des OGH war ein Amtshaftungsanspruch des Bauwerbers bei antragsgemäßer Bewilligung jedenfalls ausgeschlossen.⁶⁶⁸ Ein Ersatzanspruch besteht gemäß § 2 Abs 2 AHG nämlich dann nicht, wenn der Geschädigte den Schaden durch Rechtsmittel oder durch Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof hätte abwenden können (siehe oben Punkt 12.7.1). Diese Bestimmung wird dahingehend verstanden, dass Amtshaftung nur für nicht sanierbare Hoheitsakte eintritt. Der Einzelne ist daher für die Wahrung seiner Interessen grundsätzlich selbst verantwortlich, sodass Amtshaftung nur dort in Betracht kommt, wo der Geschädigte innerhalb des betreffenden Verfahrens alle in Betracht kommenden Rechtsbehelfe vergeblich ausgeschöpft hat.⁶⁶⁹

In der Entscheidung zu GZ 1 Ob 362/98m⁶⁷⁰ hat der erkennende Senat allerdings ausgesprochen, dass nach neuerlicher Prüfung der Rechtslage – unter Berufung auf *Helmborg*⁶⁷¹ und die Judikatur des deutschen Bundesgerichtshofes⁶⁷² – die bisherige Rsp „in dieser verallgemeinernden Aussage nicht aufrechterhalten werden“ könne. *Helmborg* hält fest, dass die Verhinderung von Eigengefährdungen in erster Linie dem Einzelnen obliege, daher habe auch derjenige der von der Freiheit, über sein Eigentum zu verfügen, Gebrauch mache, für daraus resultierende Schäden einzustehen und diese nicht auf die Gemeinschaft abzuwälzen. Der Schutzbereich von baurechtlichen Vorschriften, die der Standfestigkeit und Gesundheitsverträglichkeit von Gebäuden dienen, umfasst jedermann, dem aus der bauordnungswidrigen Errichtung von Gebäuden typischerweise Gefahren für Leben, Gesundheit und auch Eigentum drohen. Ob der Bauwerber selbst vom Schutzzweck der Norm umfasst sei sowie vor welcher Art von Schäden er geschützt sei, ist nach *Helmborg* im Einzelfall norm- und fallbezogen zu prüfen, dabei dürfe allerdings kein Unterschied gemacht werden, ob der Bauwerber einen Antrag gestellt hat oder nicht. Die Verpflichtung zur Wahrnehmung der für den Bauwerber nicht überschaubaren öffentlich-rechtlichen Rücksichten fällt daher grundsätzlich nicht in den Risikobereich des Bauwerbers, sondern in

⁶⁶⁸ Vgl OGH 23.2.1999, 1 Ob 362/98m mwN = SZ 72/29; siehe auch RIS-Justiz RS0087631.

⁶⁶⁹ OGH 23.2.1999, 1 Ob 362/98m mwN = SZ 72/29.

⁶⁷⁰ OGH 23.2.1999, 1 Ob 362/98m mwN = SZ 72/29. Die Entscheidung betrifft die Frage nach der Amtshaftung einer Gemeinde für Schäden aus einer rechtskräftigen Bau- und Bauplatzbewilligung. Der Amtshaftungskläger hat ua vorgebracht, dass die Organe der beklagten Gemeinde als Fach- und Ortskundige im Zuge des Bauverfahrens verpflichtet gewesen seien, sich von der gefahrlosen Durchführung der Baumaßnahmen zu überzeugen. Der beigezogene Amtssachverständige sei überdies bei der Bauverhandlung auf in unmittelbarer Nachbarschaft eingetretene extreme Hangrutschungen von einer Anrainerin aufmerksam gemacht worden. Unter Bedachtnahme der Umstände wäre die Baubehörde verpflichtet gewesen, entsprechende Auflagen zu erteilen oder zumindest Bodenproben anzuordnen.

⁶⁷¹ Vgl *Helmborg*, Amtshaftung im Baurecht, bbl 1998, 151 (151 ff).

⁶⁷² Insbesondere BGHZ 60, 112; BGHZ 39, 358.

den Aufgaben- und Risikobereich der Baubehörde.⁶⁷³ Unter Hinweis auf die deutsche Judikatur hält der erkennende Senat fest, dass der deutsche Bundesgerichtshof schon mehrfach erkannt hat, dass es nicht Aufgabe der Behörde sei, das Bauvorhaben unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zur Bewahrung von daraus resultierenden Vermögensnachteilen zu prüfen. Durch Erteilung der Baubewilligung schafft die Behörde für den Bauherrn allerdings einen Vertrauenstatbestand des Inhalts, „dass der der Genehmigung entsprechenden Ausführung des Bauvorhabens (öffentlich-)rechtliche Hindernisse nicht entgegenstehen und er deshalb auch entsprechend wirtschaftlich disponieren könne.“⁶⁷⁴ Aufgrund der vergleichbaren Rechtslage hält der erkennende Senat fest, dass diese Erwägungen auch für den österreichischen Rechtsbereich nutzbar gemacht werden können. Es sei nämlich nicht einzusehen, „weshalb der Bauherr nicht auch in den Schutzbereich der in Österreich geltenden Bauordnungen“ einzubeziehen sowie sein Vermögen insoweit nicht vor Schäden geschützt sein solle, „als er im Vertrauen darauf, dass die Baubewilligung in Entsprechung der baurechtlichen Vorschriften erteilt“ worden sei, sein Bauvorhaben ausführe, sei „doch im öffentlichen Interesse insbesondere die Standfestigkeit des Gebäudes zu berücksichtigen“. Aus der für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmung § 4 Abs 4 der oberösterreichischen Bauordnung⁶⁷⁵ lässt sich nach Ansicht des erkennenden Senates ableiten, dass eine Baubewilligung für Bauvorhaben, deren Ausführung die Tragfähigkeit von Nachbargrundstücken gefährden, sofern keine bestimmten Sicherungsmaßnahmen ergriffen werden, nur unter entsprechende Sicherheitsvorkehrungen vorschreibenden Auflagen erteilt werden dürfen. Da Rechtsunkundige grundsätzlich auf die richtige Rechtsanwendung der Behörde vertrauen dürfen, sind auch Bauwerber selbst in den Schutzbereich des öffentlichen Baurechts einzubeziehen. Der Bauwerber darf darauf vertrauen, dass der der Baubewilligung entsprechenden Ausführung seines Bauvorhabens keine (öffentlich-)rechtlichen Hindernisse entgegenstehen, sodass auch er vor Personen-, Sach- und Vermögensschäden bewahrt werden soll und widrigenfalls seinen Schaden mittels Amtshaftungsklage geltend machen kann. Dieser Anspruch darf allerdings nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Geschädigte selbst um die Baubewilligung angesucht hat oder nicht, ist es doch eine „geradezu typisch adäquate Folge der Erteilung der Baubewilligung, dass der Bauwerber von dieser in der

⁶⁷³ OGH 23.2.1999, 1 Ob 362/98m unter Hinweis auf *Helmborg*, Amtshaftung im Baurecht, bbl 1998, 151 (156 ff).

⁶⁷⁴ OGH 23.2.1999, 1 Ob 362/98m unter Hinweis auf NJW 1980, 2578; BHGZ 60, 112 (116).

⁶⁷⁵ Nunmehr § 5 Abs 3 der oberösterreichischen Bauordnung: „Grundflächen, die sich wegen der natürlichen Gegebenheiten (wie Grundwasserstand, Hochwassergefahr, Steinschlag, Bodenbeschaffenheit, Lawinengefahr) für eine zweckmäßige Bebauung nicht eignen oder deren Aufschließung unvermeidbare öffentliche Aufwendungen (für Straßenbau, Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung, Energieversorgung und dergleichen) erforderlich machen würde, dürfen nicht als Bauplätze bewilligt werden.“

Folge auch Gebrauch macht“. Anders wenn der Bauwerber wusste, dass die Bewilligung seines Bauansuchens rechtswidrig sein würde. In diesem Fall ist er nicht schutzwürdig, da er ohnehin Kenntnis vom wahren Sachverhalt hatte. Bei allfälligem Anlass zum Misstrauen in die Rechtmäßigkeit der Baubewilligung kann dem Bauwerber eine Mitverantwortung zur Last gelegt werden.⁶⁷⁶

12.10.6 Schadenskausalität des unrichtigen Sachverständigengutachtens

Amtshaftung für ein Sachverständigengutachten kommt nur dann in Betracht, wenn das unrichtige Gutachten des Sachverständigen kausal für den Schaden des Geschädigten ist. Damit ein Sachverständigengutachten schadenskausal wird, muss das entscheidende Organ dessen Inhalt in die Entscheidung übernehmen.⁶⁷⁷ Bei der Beurteilung der Schadenskausalität des Gutachtens eines gerichtlichen Sachverständigen vertritt der OGH in ständiger Rsp die Ansicht, dass nicht zu prüfen sei, wie die in Frage stehende gerichtliche Entscheidung, die unter Mitwirkung des Sachverständigen zustande gekommen ist, richtig zu lauten gehabt hätte, sondern welchen Einfluss ein sachlich richtiges Gutachten auf diese Entscheidung gehabt hätte.⁶⁷⁸ Kausalität des unrichtigen Gutachtens ist daher nur gegeben, wenn die Sachentscheidung anders gelautet hätte, wäre das Gutachten sachlich richtig gewesen. Die Kausalität muss also dann verneint werden, dass das Gericht bzw die entscheidende Behörde zur selben Sachentscheidung gekommen wäre, ungeachtet dessen, dass das vorliegende Gutachten unrichtig ist. Es handelt sich dabei um die Beurteilung der natürlichen Kausalität des Fehlverhaltens des Sachverständigen, sodass nur zu beurteilen ist, ob das Fehlverhalten den eingetretenen Schaden herbeiführte oder ob der gleiche Erfolg auch dann eingetreten wäre, wenn das Gutachten sachlich richtig gewesen wäre.⁶⁷⁹ Der Sachverständige muss zudem schuldhaft gehandelt haben.

⁶⁷⁶ OGH 23.2.1999, 1 Ob 362/98m mwN = SZ 72/29. Im Ergebnis wurde die Rechtssache zur Verfahrensergänzung zur Klärung der Frage, ob die Behörde bei Erteilung der Baubewilligung pflichtwidrige Unterlassungen zu verantworten habe, an die erste Instanz zurückverwiesen. Der erkennende Senat hat darauf hingewiesen, dass zu beachten sein wird, dass allfällige Pflichtwidrigkeiten des von der Baubehörde beigezogenen Amtssachverständigen dem beklagten Rechtsträger zur Last fallen. Zur mangelnden Schutzwürdigkeit siehe RIS-Justiz RS0050052.

⁶⁷⁷ Vgl *Reischauer* in *Rummel*³ § 1299 ABGB Rz 23 (zur Frage der Schadenskausalität des Gutachtens eines gerichtlichen Sachverständigen).

⁶⁷⁸ RIS-Justiz RS0026360; OGH 30.6.1977, 6 Ob 634/77 = SZ 50/98 = EvBl 1978/189 S 602; 10.4.1986, 8 Ob 505/86; 14.2.2006, 4 Ob 228/05s mwN; 25.5.2007, 6 Ob 85/07d; 30.7.2009, 8 Ob 6/09d = RdM-LS 2009/53 = Jus-Extra OGH-Z 4726 = ZVR 2010/43 S 79 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) - ZVR 2010, 79 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = *Kerschner*, SV 2010, 123 (Rechtsprechungsübersicht); 5.5.2010, 7 Ob 69/10p.

⁶⁷⁹ OGH 10.4.1986, 8 Ob 505/86; 25.5.2007, 6 Ob 85/07d.

Unter Berufung auf die Entscheidungen zu GZ 4 Ob 228/05s und 6 Ob 85/07d vertritt der erkennende Senat der Entscheidung 2 Ob 180/08x⁶⁸⁰ die Ansicht, dass es mit den zitierten Entscheidungen vereinbar sei, dass nicht nur in solchen Fällen, in denen das unrichtige Gutachten Basis der ergangenen Entscheidung wird, sondern auch dann eine Haftung für Schäden (hier: Ersatz der Sachverständigengebühren und Vertretungskosten) aus einem unrichtigen Gutachten besteht, wenn das unrichtige Gutachten *nicht* Grundlage der Entscheidung wurde. Gegenständlich wurde nämlich das Sachverständigengutachten gerade nicht der Entscheidung zu Grunde gelegt, weil sich im Laufe des Verfahrens das Gutachten als unrichtig und mangelhaft herausgestellt hat, sodass der Sachverständige für den dadurch verursachten Schaden zu haften hat.

Im verwaltungsbehördlichen Verfahren ist ein Schaden in Form von Sachverständigengebühren, welcher durch ein unrichtiges Gutachten, das *nicht* Entscheidungsgrundlage wurde, nur im Zusammenhang mit der Erstattung eines Gutachtens durch einen nichtamtlichen Sachverständigen denkbar (vgl § 76 Abs 1 AVG), da bei Beiziehung eines Amtssachverständigen der Partei keine Kosten entstehen. Wurde hingegen das Sachverständigengutachten der behördlichen Entscheidung zugrunde gelegt, sind für die Beurteilung der Schadenskausalität des Gutachtens die oben genannten Grundsätze der oberstgerichtlichen Entscheidungen zum Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen auch auf die Beurteilung der Kausalität von Gutachten von amtlichen und nichtamtlichen Sachverständigen anzuwenden.

12.10.7 Zusammenfassung

Die gegenständliche Untersuchung zur Frage der Amtshaftung für Sachverständigentätigkeit im Verwaltungsverfahren hat gezeigt, dass es große Widersprüche im Hinblick auf die herrschende Auffassung zur Frage nach dem Organbegriff des AHG einerseits und zur Frage der Qualifikation von Sachverständigen im Verwaltungsverfahren als Organe iSd § 1 Abs 2 AHG andererseits gibt. Das lässt sich anhand des Beispiels am nichtamtlichen Sachverständigen sehr gut verdeutlichen.

Organ im Sinne des AHG kann gemäß § 1 Abs 2 AHG jede physische Person sein, wenn sie in Vollziehung der Gesetze handelt, unabhängig von der Dauer ihrer Bestellung, unabhängig

⁶⁸⁰ OGH 30.10.2008, 2 Ob 180/08x = Jus-Extra OGH-Z 4599 = EvBl-LS 2009/44 = AnwBl 2009, 212 = ecollex 2009/111 S 317 - ecollex 2009, 317 = ZVR 2009/38 S 75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) - ZVR 2009, 75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht).

von der Art des Bestellungsaktes (Wahl, Ernennung, sonstige Bestellung) und unabhängig von der Qualifikation ihres Rechtsverhältnisses zum Rechtsträger als privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches. Nach der hA ist der Organbegriff des AHG sehr weit, sodass generell kein sehr strenger Maßstab an die Erlangung der Organstellung gestellt wird (Punkt 12.3.2). Wesentlich für die Organstellung und damit die Anwendbarkeit des AHG ist – neben der Bestellung zum Organ – das Handeln des konkreten Organs in Vollziehung der Gesetze. Rechtsträger haften gem § 1 Abs 1 AHG nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts nämlich nur für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als ihre Organe handelnden Personen *in Vollziehung der Gesetze* durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben.

Dem weiten Organbegriff des §1 Abs 2 AHG widersprechend handelt es sich nach Ansicht des OGH (GZ 1 Ob 306/86) beim nichtamtlichen Sachverständigen deswegen um kein Verwaltungsorgan, da er nur für den Einzelfall bestellt ist und darüber hinaus nicht in den Meinungsbildungsprozess eines bestimmten Verfahrens einbezogen ist (Punkt 12.10.2.2.1). Hier übersieht der erkennende Senat, dass gerade auch die Bestellung im Einzelfall Organstellung begründen kann. Auch wenn der nichtamtliche Sachverständige nicht in den Meinungsbildungsprozess der Behörde eingebunden ist, ist seine Tätigkeit unentbehrliche Voraussetzung für die Bescheiderlassung im Verwaltungsverfahren. Die Tätigkeit des nichtamtlichen Sachverständigen ist zwar nicht als Hoheitsakt per se anzusehen, dennoch übt der nichtamtliche Sachverständige zweifelsohne eine unterstützende Tätigkeit im Dienste der Erreichung der eigentlichen hoheitlichen Zielsetzung aus. Ein hinreichend enger innerer und äußerer Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabe ergibt sich aus der *Notwendigkeit* des Sachverständigenbeweises (Punkt 3).

Zusammengefasst ergibt sich daher richtigerweise für die Frage nach der Amtshaftung für Sachverständigentätigkeit im Verwaltungsverfahren folgendes Bild:

1. Der Amtssachverständige erstattet ein Gutachten im Verwaltungsverfahren und wird dabei als Hilfsorgan der Behörde tätig. Aufgrund seiner Organstellung kraft Amtes haftet der Rechtsträger gemäß den Bestimmungen des AHG für Schäden aus der fehlerhaften Sachverständigentätigkeit.
2. In gleicher Weise wie der Amtssachverständige wird der nichtamtliche Sachverständige bei Erstattung eines Gutachtens im Verwaltungsverfahren als Hilfsorgan der Behörde tätig. Der nichtamtliche Sachverständige wird von der

Behörde für den Einzelfall iSd § 1 Abs 2 AHG bestellt, um eine unterstützende bzw entlastende Tätigkeit im Dienste der Erreichung der eigentlichen hoheitlichen Zielsetzung zu vollziehen, welche in einem so engen inneren und äußeren Zusammenhang mit einem Hoheitsakt (Bescheid) steht, dass diese Tätigkeit als Handeln in Vollziehung der Gesetze iSd § 1 Abs 1 AHG angesehen werden muss. Aus diesem Grund muss daher der Rechtsträger auch für die fehlerhafte Sachverständigentätigkeit von nichtamtlichen Sachverständigen nach den Bestimmungen des AHG haften.

3. Wird der Amtssachverständigen außerhalb eines Verwaltungsverfahrens tätig, kommt Amtshaftung nur in Betracht, wenn die Erstattung eines Gutachtens als Hoheitsakt zu qualifizieren ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Erfüllung der konkreten Amtspflicht einer hoheitlich wahrzunehmenden Verwaltungsmaterie zuzuordnen ist. Wird der Amtssachverständige im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung tätig, kommt nur Haftung nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts in Betracht.
4. Neben amtlichen und nichtamtlichen Sachverständigen spielen weiters beliehene oder in Pflicht genommene Sachverständige eine große Rolle im Verwaltungsverfahren. Es handelt sich dabei um Private, die mit der Besorgung hoheitlicher Aufgaben⁶⁸¹ betraut werden, sodass Organstellung kraft besonderer gesetzlicher Ermächtigung begründet wird. Amtshaftung kommt daher auch für fehlerhafte Tätigkeit eines beliehenen oder in Pflicht genommenen Sachverständigen in Betracht.

⁶⁸¹ Dabei ist nach der Rsp anerkannt, dass eine Tätigkeit im Sinne des § 1 AHG auch dann vorliegt, wenn der Private nicht zur Setzung von Hoheitsakten ermächtigt wurde, sondern auch faktisches Handeln im Dienste der Erreichung der eigentlichen hoheitlichen Zielsetzung, mit einem hinreichend engen inneren und äußeren Zusammenhang mit hoheitlichen Aufgaben aufweist, ausreichend ist (vgl RIS-Justiz RS0049897).

Literatur- und Judikaturverzeichnis

Literatur

Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Springer-Verlag, Wien 1987
(Kurzzitat: *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht³ (1987))

Adamovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Band 2: Staatliche Organisation, Springer-Verlag, Wien 1998 (Kurzzitat: *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band 2 (1998))

Adamovich/Funk, Österreichisches Verfassungsrecht, 3. Auflage, Springer-Verlag, Wien 1985
(Kurzzitat: *Adamovich/Funk*, Verfassungsrecht³ (1985))

Aicher, Das System der Haftung für staatliches Fehlverhalten, in: *Aicher* (Hrsg), Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben, Orac Verlag, Wien 1988, 1 (Kurzzitat: *Aicher*, System, in: *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 1)

Aigner, Der (Amts)sachverständige im Lichte der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, JBl 1983, 352 (Kurzzitat: *Aigner*, Der (Amts)sachverständige, JBl 1983, 352)

Angst in Angst (Hrsg), Kommentar zur Exekutionsordnung, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 2008 (Kurzzitat: *Angst in Angst*, Kommentar zur EO²)

Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht – Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, 3. Auflage, Manz Verlag, Wien 1996 (Kurzzitat: *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht³ (1996))

Apathy, Haftungsfolgen fehlerhafter Staatsaufsicht, in: *Aicher* (Hrsg), Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben, Orac Verlag, Wien 1988, 207 (Kurzzitat: *Apathy*, Haftungsfolgen, in: *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 207)

Attlmayr, Das Recht des Sachverständigen im Verwaltungsverfahren, Orac Verlag, Wien 1997 (Kurzzitat: *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997))

Attlmayr, Funktion und Aufgaben des nichtamtlichen Sachverständigen, WBFÖ 2001 H1, 15
(Kurzzitat: *Attlmayr*, Funktion und Aufgaben, WBFÖ 2001 H1, 15)

Attlmayr in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg), Handbuch des Sachverständigenrechts, Springer-Verlag, Wien 2006 (Kurzzitat: *Attlmayr* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006))

Ballon in *Fasching* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen in vier Bänden, 1. Band EGJN, JN samt EuGVÜ/LGVÜ, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 2000 (Kurzzitat: *Ballon* in *Fasching*² I)

Ballon, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht: Streitiges Verfahren, 12. Auflage, Leykam Verlag, Graz 2009 (Kurzzitat: *Ballon*, Zivilprozessrecht¹² (2009))

Balthasar, Das subjektive (öffentliche) Recht im Amtshaftungsverfahren (Teil I), ÖJZ 1998, 321 ff

Balthasar, Das subjektive (öffentliche) Recht im Amtshaftungsverfahren (Teil II), ÖJZ 1998, 334 ff

Berka, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrecht in Österreich, Springer Verlag, Wien 1999 (Kurzzitat: *Berka*, Die Grundrechte (1999))

Bertel in Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Austauschheft Mai 2010, Manz Verlag, Wien 2010 (Kurzzitat: *Bertel* in Wiener Kommentar²)

Binder, Aufgaben und Verantwortung des Sachverständigen in Umweltverfahren, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Der Sachverständige in Umweltverfahren, Manz Verlag, Wien 1999, 76 (Kurzzitat: *Binder*, Aufgaben, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 76)

Böhm, Tücken des Amtshaftungsverfahrens in: *Aicher* (Hrsg), Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben, Orac Verlag, Wien 1988, 235 (Kurzzitat: *Böhm*, Amtshaftungsverfahren in: *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 235)

Bußjäger/Kraft, Sachverstand, Privatisierung und Kostentragung, ZfV 1999, 12 (Kurzzitat: *Bußjäger/Kraft*, Sachverstand, ZfV 1999, 12)

Bydlinski in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 2. Band/1. Teilband EGZPO, §§ 1 bis 73 ZPO, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 2002 (Kurzzitat: *Bydlinski* in *Fasching/Konecny*² II/1)

Davy, Genehmigung und Beaufsichtigung technischer Anlagen aus der Sicht des Amtshaftungsrechts, ZfV 1983, 485 (Kurzzitat: *Davy*, Genehmigung und Beaufsichtigung, ZfV 1983, 485)

Davy, Sachverständigenbeweis und Fairness des Verfahrens, ZfV 1986, 310

Dokalik, Das Recht der Sachverständigen und Dolmetscher, Linde Verlag, Wien 2008 (Kurzzitat: *Dokalik*, Das Recht der Sachverständigen und Dolmetscher (2008))

Edlbacher, Kann der Notar als Gerichtskommissär Wettbewerber nach dem UWG sein? ÖJZ 1988, 388 (Kurzzitat: *Edlbacher*, Gerichtskommissär, ÖJZ 1988, 388)

Ennöckl, Der Sachverständige im Verfahren vor dem UVS, Ecolex 2004, 822

Fasching in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 3. Band §§ 226 bis 460 ZPO, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 2004 (Kurzzitat: *Fasching* in *Fasching/Konecny*² III)

Feil, Exekutionsordnung, 5. Auflage, Loseblattwerk, Linde Verlag, Wien 2010 (Kurzzitat: *Feil*, Exekutionsordnung (2010))

Funk, Die Aufgaben des Sachverständigen im Rahmen rechtlicher Entscheidungen – Verfassungsfragen der Sachverständigentätigkeit, in: *Aicher/Funk* (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben, Orac Verlag, Wien 1990, 1 (Kurzzitat: *Funk*, Aufgaben, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1)

Funk/Kettenbach, Ziviltechniker als Quasi-Beliehene, ZfV 1997, 569

Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 3. Auflage, Springer Verlag, Wien 2011 (Kurzzitat: *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO³)

Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck/Helbing Lichtenhahn/Manz, München/Basel/Wien 2008 (Kurzzitat: *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008))

Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Eine Studie zu Art 6 EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs, Springer Verlag, Wien 1997 (Kurzzitat: *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien (1997))

Happacher Brezinka in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg), Handbuch des Sachverständigenrechts, Springer-Verlag, Wien 2006 (Kurzzitat: *Happacher Brezinka* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006))

Harrer in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar, Band VI, 3. Auflage, LexisNexis ARD Orac Verlag, Wien 2005 (Kurzzitat: *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ VI (2005))

Harrer, Die zivilrechtliche Haftung des Sachverständigen, in: *Aicher/Funk* (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben, Orac Verlag, Wien 1990, 177 (Kurzzitat: *Harrer*, Zivilrechtliche Haftung, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 177)

Hauer, Der Bausachverständige im Verwaltungsverfahren, Sachverständige 1995 Heft 1, 6

Hauer, Zur Auslegung der § 70a in der Bauordnung für Wien, ZfV 1988, 288

Hellbling, Die Amtshaftung, ÖJZ 1949, 365

Helmbert, Amtshaftung im Baurecht, bbl 1998, 151

Hengstschläger, Verwaltungsverfahrensrecht: Ein systematischer Grundriss, 4. Auflage, Facultas WUV Verlag, Wien 2009 (Kurzzitat: *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht⁴ (2009))

Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, Manz Verlag, Wien 2004-2009 (Kurzzitat: *Hengstschläger/Leeb*, AVG)

Jahnel, Baurecht, in: *Bachmann/Baumgartner/Feik/Giese/Jahnel/Lienbacher* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Springer Verlag, Wien 2010, 465 (Kurzzitat: *Jahnel*, Baurecht, in: *Bachmann et al* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁸ (2010) 465)

Kerschner, Zivilrechtliche Verantwortung der Sachverständigen im Umweltverfahren, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Der Sachverständige in Umweltverfahren, Manz Verlag, Wien 1999, 81 (Kurzzitat: *Kerschner*, Zivilrechtliche Verantwortung, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 81)

Karner in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB, 3. Auflage, Springer Verlag, Wien 2010 (Kurzzitat: *Karner* in *KBB*, ABGB³ (2010))

Kerschner, Amtshaftung statt Kundmachung? JBl 1984, 355

Kienapfel/Schroll in Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Austauschheft 2006, Manz Verlag, Wien 2006 (Kurzzitat: *Kienapfel/Schroll* in Wiener Kommentar²)

Kirchmayer, Das vereinfachte Bewilligungsverfahren nach der Bauordnung für Wien, bbl 1998, 22

Klauser/Kodek, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung samt Einführungsgesetzen und Nebengesetzen sowie den Vorschriften des Europäischen Zivilprozessrechts, 16. Auflage, Manz Verlag, Wien 2006 (Kurzzitat: *Klauser/Kodek*, ZPO¹⁶ (2006))

Klecatsky, Notwendige Entwicklungen des österreichischen Amtshaftungsrechts, JBl 1981, 113

Kletatsky, Der Sachverständigenbeweis im Verwaltungsverfahren, ÖJZ 1961, 309

Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht, facultas.wuv Universitätsverlag, Wien 2011 (Kurzzitat: *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht (2011))

Koziol, Glosse zu OGH 14.12.1979, 1 Ob 36/79 = JBl 1980, 541

Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Jan Sramek Verlag, Wien 2010 (Kurzzitat: *Koziol*, Schadenersatzrecht (2010))

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Manz Verlag, Wien 1997 (Kurzzitat: *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997))

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II Besonderer Teil, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 1984 (Kurzzitat: *Koziol*, Haftpflichtrecht II² (1984))

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹³, Manz Verlag, Wien 2007 (Kurzzitat: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007))

Krajcsir, Staatliche Hoheitsverwaltung durch Private: Inhaltliche Bestimmungen, ordnende Typologie und verfassungsrechtliche Erwägungen, WUV-Universitätsverlag, 1999 (Kurzzitat: *Krajcsir*, Staatliche Hoheitsverwaltung durch Private (1999))

Krejci, Amtshaftung und allgemeines Schadenersatzrecht, in: *Aicher* (Hrsg), Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben, Orac Verlag, Wien 1988, 97 (Kurzzitat: *Krejci*, Amtshaftung, in: *Aicher* (Hrsg), Haftung für staatliche Fehlleistungen (1988) 97)

Krejci in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB - ABGB, Manz Verlag, Wien 2007 (Kurzzitat: *Krejci* in *Krejci*, RK UGB)

Kremser in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg), Handbuch des Sachverständigenrechts, Springer-Verlag, Wien 2006 (Kurzzitat: *Kremser* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006))

Kucsko-Stadlmayer in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Kommentar, Band II, 1. Halbband, Springer-Verlag, Wien 1999 (Kurzzitat: *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG II/1)

Kuzminski/Balthasar, Der Sachverständigenbeweis in Verfahren betreffend gewerbliche Betriebsanlagen, wbl 1992, 227

Loebenstein-Kaniak, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz, Manz Verlag, Wien 1951 (Kurzzitat: *Loebenstein-Kaniak*, Amtshaftungsgesetz (1951))

Mader in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar, Band VII, 3. Auflage, LexisNexis ARD Orac Verlag, Wien 2005 (Kurzzitat: *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VII (2005))

Mayer, Bundes-Verfassungsrecht: Kurzkomentar, 4. Auflage, Manz Verlag, Wien 2007 (Kurzzitat: *Mayer*, B-VG⁴ (2007))

Mayer, Der Begriff der „Anstaltsgutachten“ im Verwaltungsrecht, ÖZW 1982, 1

Mayer, Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren, in: *Aicher/Funk* (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben, Orac Verlag, Wien 1990, 131 (Kurzzitat: *Mayer*, Sachverständige, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 131)

Mayer in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg), Handbuch des Sachverständigenrechts, Springer-Verlag, Wien 2006 (Kurzzitat: *Mayer* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006))

Mayr in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Springer Verlag, Wien 2006 (Kurzzitat: *Mayr* in *Rechberger*, ZPO³)

Meier, Prozesskosten und Amtshaftung, JBl 1979, 617

Muzak, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffahrtsrecht, Verlag Österreich, Wien 2004 (Kurzzitat: *Muzak*, Binnenschiffahrtsrecht (2004))

Oberleitner, Aufgaben und Pflichten des Sachverständigen in Umweltverfahren, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Der Sachverständige in Umweltverfahren, Manz Verlag, Wien 1999 (Kurzzitat: *Oberleitner*, Aufgaben, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 1)

Öhlinger, Verfassungsrecht, 8. Auflage, Facultas Verlag, Wien 2009 (Kurzzitat: *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009))

Paar, Grundzüge des Amtshaftungsrechts, Manz Verlag, Wien 2010 (Kurzzitat: *Paar*, Amtshaftungsrecht (2010))

Paar, Verfassungskonformität des Ausschlusses der Amtshaftung nach § 25 Asylgerichtshofgesetz? *migraLex* 2010, 86

Paliege-Barfuß, Die Gewerbeordnung 1994, 14. Auflage, Manz Verlag, Wien 2011 (Kurzzitat: *Paliege-Barfuß*, GewO¹⁴ (2011))

Pesendorfer, Zur Weisungsgebundenheit des sachverständigen und wissenschaftlichen Dienstes einer Gebietskörperschaft, *ZfV* 1983, 230 (Kurzzitat: *Pesendorfer*, Weisungsgebundenheit, *ZfV* 1983, 230)

Plöchl/Seidl in Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Austauschheft September 2010, Manz Verlag, Wien 2010 (Kurzzitat: *Plöchl/Seidl* in Wiener Kommentar²)

Posch, Rechtswidrigkeit, Verschulden und Schaden im Amtshaftungsrecht, in: *Aicher/Funk* (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben, Orac Verlag, Wien 1990, 149 (Kurzzitat: *Posch*, Rechtswidrigkeit, Verschulden und Schaden, in: *Aicher/Funk*, Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 149)

Probst, Amtssachverständige und bestellte Sachverständige - §§ 306, 289, 290 und 291 StGB – missverständliche Gesetzestexte? in *Huber/Jesionek/Miklau* (Hrsg), Festschrift für Reinhard Moos zum 65. Geburtstag, Verlag Österreich, Wien 1997, 165 (Kurzzitat: *Probst*, Amtssachverständige und bestellte Sachverständige, in *Huber/Jesionek/Miklau* (Hrsg), Festschrift für Moos (1997) 165)

Rabl, Amtshaftungssimmunität für beliehene juristische Personen! *ecolex* 2009, 579

Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Springer-Verlag, Wien 2009
(Kurzitat: *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ (2009))

Raschauer, Amtshaftung und Finanzmarktaufsicht, *ÖBA* 2005, 338ff

Raschauer in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Kommentar, Band II, 1. Halbband, Springer-Verlag, Loseblattausgabe, Wien 1999ff
(Kurzitat: *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG II/1)

Rebhahn, Amtshaftung und Normzweck, *JBl* 1981, 512

Rebhahn, Amtshaftung für Bankprüfer, *ÖBA* 2004, 267ff

Rebhahn, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr: Eine Studie zur österreichischen Amtshaftung mit einem Beitrag zum Kausalzusammenhang im Schadenersatzrecht, Manz Verlag, Wien 1997 (Kurzitat: *Rebhahn*, Staatshaftung (1997))

Rechberger in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 3. Band, §§ 226 bis 460 ZPO, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 2004 (Kurzitat: *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² III)

Rechberger in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Springer Verlag, Wien 2006 (Kurzitat: *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO³)

Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Manz Verlag, Wien 2010 (Kurzitat: *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ (2010))

Reischauer in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, 3. Auflage, Verlag Wien, Wien 2007
(Kurzitat: *Reischauer* in *Rummel*³)

Schmidt, Haftpflichtversicherung für Sachverständige, *Sachverständige* 2011, 18

Schmidt, Privatgutachten im Spannungsfeld von Standesregeln, Wirtschaftlichkeit, Beweismaß und Rechtsrahmen, *Sachverständige* 2010, 1 (Kurzitat: *Schmidt*, Privatgutachten, *Sachverständige* 2010, 1)

Schwimann, Über den Hoheitsverwaltungscharakter der Maßnahmen nach § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB, *ÖA* 2006, 9

Schragerl, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz, 3. Auflage, Manz Verlag, Wien 2003 (Kurzzitat: *Schragerl*, Amtshaftungsgesetz³ (2003))

Simotta in *Fasching* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen in vier Bänden, 1. Band EGJN, JN samt EuGVÜ/LGVÜ, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 2000 (Kurzzitat: *Simotta* in *Fasching*² I)

Stabentheiner in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, 3. Auflage, Verlag Wien, Wien 2007 (Kurzzitat: *Stabentheiner* in *Rummel*³)

Sutterer, Die Verjährung von Staats-, Amts- und Organhaftungsansprüchen, in: *Holoubek/Lang* (Hrsg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen, Linde Verlag, Wien 2002, 308 (Kurzzitat: *Sutterer*, Verjährung, in: *Holoubek/Lang*, Steuersachen (2002) 308)

Thienel, Neuerungen zum nichtamtlichen Sachverständigen im AVG, RdU 1996, 55

Thienel, Das Verfahren der Verwaltungssenate, 2. Auflage, Verlag Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1992 (Kurzzitat: *Thienel*, Verwaltungssenate² (1992) 111)

Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrenrecht, 5. Auflage, Verlag Österreich, Wien 2009 (Kurzzitat: *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2009))

Vrba (Hrsg), Amtshaftung-Staatshaftung: nationale und internationale Haftung des Staates für die Verhaltensweisen seiner Organe, Weka Verlag, Loseblattausgabe, Wien 2010 (Kurzzitat: *Vrba*, Amtshaftung-Staatshaftung (2010))

Vrba-Zechner, Kommentar zum Amtshaftungsrecht, Orac Verlag, Wien 1983 (Kurzzitat: *Vrba-Zechner*, Amtshaftungsrecht (1983))

Vrba/Zechner, Zum Begriff des Rechtsmittels nach § 2 Abs 2 AHG und die Rettungspflicht nach § 1304 ABGB, ÖJZ 1981, 589 (Kurzzitat: *Vrba/Zechner*, Begriff des Rechtsmittels nach § 2 Abs 2 AHG, ÖJZ 1981, 589)

Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Manz Verlag, Wien 1972 (Kurzzitat: *Walter*, Bundesverfassungsrecht (1972))

Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts, 8. Auflage, Manz Verlag, Wien 2003 (Kurzzitat: *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht⁸ (2003))

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Auflage, Manz Verlag, Wien 2007 (Kurzzitat: *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007))

Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, Band I, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 1998 (Kurzzitat: *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I² (1998))

Walzel von Wiesentreu in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg), Handbuch des Sachverständigenrechts, Springer-Verlag, Wien 2006 (Kurzzitat: *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006))

Wegrath, Das § 57a-Gutachten in Theorie und Praxis, Sachverständige 2010, 68

Wegscheider, Strafrechtliche Verantwortung des Sachverständigen, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Der Sachverständige in Umweltverfahren, Manz Verlag, Wien 1999, 92 (Kurzzitat: *Wegscheider*, Strafrechtliche Verantwortung, in: *Janauer/Kerschner/Oberleitner* (Hrsg), Umweltverfahren (1999) 92)

Weitzenböck in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar, Band I, 3. Auflage, LexisNexis ARD Orac Verlag, Wien 2005 (Kurzzitat: *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB³ I (2005))

Weitzenböck, Über den Hoheitsverwaltungscharakter der Maßnahmen nach § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB, ÖA 2006, 9

Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, Manz Verlag, Wien 1983 (Kurzzitat: *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983))

Welser, Öffentlichrechtliches und Privatrechtliches aus Anlaß einer Amtshaftungsklage, JBl 1975, 225 (Kurzzitat: *Welser*, Amtshaftungsklage, JBl 1975, 225)

Wienerroither, Anmerkungen zur Entscheidung 1 Ob 49/05w des Obersten Gerichtshofes, ÖA 2005, 311

Wieser in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Kommentar, Springer-Verlag, Loseblattausgabe, Wien 1999ff (Kurzzitat: *Wieser* in *Korinek/Holoubek*, B-VG)

Zechner, Der gerichtliche Sachverständige – Privater oder Beweisorgan im Sinne des § 1 Abs 2 AHG? JBl 1986, 415 (Kurzzitat: *Zechner*, Der gerichtliche Sachverständige, JBl 1986, 415)

Zellenberg in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg), Handbuch des Sachverständigenrechts, Springer-Verlag, Wien 2006 (Kurzzitat: *Zellenberg* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch (2006))

Entscheidungen des OGH

OGH 4.5.1955, 1 Ob 274/55 = SZ 28/116

OGH 30.10.1969, 1 Ob 199/69

OGH 19.4.1972, 1 Ob 75/72 = EvBl 1972/315

OGH 30.6.1976, 1 Ob 10/76 = JBl 1977, 270

OGH 30.06.1977, 6 Ob 634/77 = SZ 50/98 = EvBl 1978/189 S 602

OGH 30.6.1977, 6 Ob 634/77 = SZ 50/98 = EvBl 1978/189 S 602

OGH 6.7.1978, 2 Ob 5/78 = SZ 51/109

OGH 14.12.1979, 1 Ob 28/79 = JBl 1981, 210 = SZ 52/185

OGH 14.12.1979, 1 Ob 36/79 = SZ 52/186

OGH 30.1.1980, 1 Ob 42/79 = SZ 53/12 = JBl 1981, 268 = EvBl 1980/200 S

OGH 18.2.1981, 1 Ob 34/80 = SZ 54/19 = JBl 1981, 649 = ZVR 1982/24 S 17

OGH 18.2.1981, 1 Ob 34/80 = SZ 54/19 = EvBl 1981/161 S 466 = JBl 1981, 650 = ZVR 1982/24 S 17

OGH 18.2.1981, 1 Ob 34/80 = SZ 54/19 = JBl 1981, 649 = ZVR 1982/24 S 17

OGH 18.2.1981, 1 Ob 34/80 = SZ 54/19 = JBl 1981, 649 = ZVR 1982/24 S 17

OGH 20.5.1981, 1 Ob 14/81 = SZ 54/80

OGH 11.6.1981, 7 Ob 555/81 = SZ 54/92

OGH 15.7.1981, 1 Ob 35/80 = SZ 54/108 = JBl 1982, 259 = EvBl 1981, 208

OGH 15.12.1982, 1 Ob 35/82 = SZ 55/190

OGH 9.3.1983, 1 Ob 1/83 = SZ 56/36

OGH 21.9.1983, 1 Ob 29/83 = SZ 56/134 = ZVR 1984/256

OGH 25.1.1984, 1 Ob 42/83 = SZ 57/16 = EvBl 1984/130 = ZVR 1985/68

OGH 14.11.1984, 1 Ob 26/84 = SZ 57/171

OGH 20.3.1985, 1 Ob 7/85 mwN = SZ 58/42 = JBl 1985, 628 = EvBl 1985/125 S 624

OGH 10.4.1986, 8 Ob 505/86

OGH 14.1.1987, 1 Ob 679/86 = SZ 60/2

OGH 10.6.1987, 1 Ob 7/87

OGH 17.11.1987, 4 Ob 306/86 = SZ 60/245 = EvBl 1988/97 S 461 = JBl 1988, 185 = ÖBl 1988,49 = GRURInt 1988,786 = MR 1987, 208 (*M Walter*)

OGH 10.2.1988, 1 Ob 3/88

OGH 19.7.1988, 1 Ob 16/88

OGH 26.4.1989, 1 Ob 1/89 = SZ 62/72 = JBl 1991, 177

OGH 15.11.1989, 1 Ob 33/89

OGH 4.4.1990, 1 Ob 3/90 = JBl 1991, 180 (*Rebhahn*)

OGH 4.4.1990, 1 Ob 3/90 = JBl 1991, 180 (*Rebhahn*)

OGH 16.1.1991, 1 Ob 39/90 = SZ 64/3 = JBl 1991, 580 (*Kerschner*)

OGH 6.3.1991, 1 Ob 42/90 = JBl 1991, 647

OGH 6.3.1991, 1 Ob 42/90 = SZ 64/23 = JBl 1991, 647

OGH 26.6.1991, 1 Ob 11/91 = SZ 64/85 = JBl 1992, 122 = ÖBl 1992, 12 = MR 1992, 152

OGH 18.9.1991, 1 Ob 38/90 = SZ 64/126 = JBl 1992, 327 = ecolex 1992, 89 = EvBl 1992/14

OGH 18.9.1991, 1 Ob 33/91 = JBl 1992, 249 = ZVR 1992/57

OGH 22.10.1991, 4 Ob 546/91 = SZ 64/143 = EvBl 1992/43 S 193 = RdW 1992, 77 = ÖBA 1992, 568 (*Nowotny*) = WBl 1992, 128 = ecolex 1992, 240 f

OGH 30.10.1991, 1 Ob 25/91 = JBl 1992, 253

OGH 1.4.1992, 1 Ob 9/92 = SZ 65/2 = JBl 1992, 649 (*Apathy*) = ZfRV 1993,125 = ZVR 1993/126

OGH 15.9.1992, 1 Ob 27/92

OGH 11.5.1993, 1 Ob 2 /93 = ecolex 1993, 521 = ZfRV 1993/83

OGH 22.6.1993, 1 Ob 22/92 = SZ 66/77 = JBl 1993, 788

OGH 13.7.1993, 4 Ob 82/93 = SZ 66/84

OGH 25.8.1993, 1 Ob 10/93

OGH 25.8.1993, 1 Ob 17/93

OGH 25.8.1993, 1 Ob 10/93 = SZ 66/97 = JBl 1994,185

OGH 19.2.1995, 1 Ob 621/95 = SZ 68/238

OGH 27.3.1995, 1 Ob 39/94

OGH 29.8.1995, 1 Ob 39/95 = JBl 1996, 35

OGH 17.10.1995, 1 Ob 20/94= SZ 68/189

OGH 17.10.1995, 1 Ob 8/95 = SZ 68/191

OGH 30.1.1996, 1 Ob 50/95

OGH 30.1.1996, 1 Ob 8/96

OGH 27.2.1996, 1 Ob 1/96 = SZ 69/49

OGH 27.2.1996, 1 Ob 6/96

OGH 11.3.1996, 1 Ob 1004/96

OGH 4.6.1996, 1 Ob 27/95 = SZ 69/132

OGH 3.10.1996, 1 Ob 2234/96b

OGH 12.12.1996, 2 Ob 2423/96d

OGH 25.2.1997, 1 Ob 2147/96h = SZ 70/32

OGH 18.3.1997, 1 Ob 2309/96g

OGH 20.3.1997, 2 Ob 48/94 = ZVR 1998/89

OGH 24.6.1997, 1 Ob 2331/96t

OGH 27.1.1998, 1 Ob 155/97v = SZ 71/5

OGH 27.1.1998, 1 Ob 241/97s = SZ 71/7

OGH 28.4.1998, 1 Ob 107/97k

OGH 9.6.1998, 1 Ob 17/98a

OGH 9.6.1998, 1 Ob 56/98m = SZ 71/99

OGH 24.11.1998, 1 Ob 151/98g

OGH 19.1.1999, 1 Ob 306/98a = SZ 72/5

OGH 19.1.1999, 1 Ob 306/98a = SZ 72/5

OGH 19.1.1999, 1 Ob 349/98z = JBl 1999, 672 (*Rummel*)

OGH 23.2.1999, 1 Ob 356/98d = SZ 72/28

OGH 23.2.1999, 1 Ob 362/98m = SZ 72/29

OGH 23.3.1999, 1 Ob 373/98d = SZ 72/51 = JBl 2000, 307

OGH 23.3.1999, 1 Ob 373/98d

OGH 25.5.1999, 1 Ob 127/99d

OGH 22.10.1999, 1Ob 213/99a

OGH 23.11.1999, 1 Ob 103/99z = JBl 2000, 320

OGH 28.3.2000, 1 Ob 9/00f = JBl 2000, 732 = MietSlg 52.815 = MietSlg 52.818

OGH 29.5.2000, 7 Ob 82/00k = ZVR 2001/17

OGH 21.06.2000, 1 Ob 179/99a = SZ 73/101

OGH 6.10.2000, 1 Ob 12/00x = SZ 73/150 = JBl 2001, 322

OGH 27.3.2001, 1 Ob 25/01k = ÖJZ-LSK 2001/182 = EvBl 2001/159 S 689 - EvBl 2001, 689 = JBl 2001, 722 = RdW 2001, 591 = Jus-Extra OGH-Z 3193 = ÖZW 2002/59 = SZ 74/55

OGH 27.3.2001, 1 Ob 25/01k

OGH 24.4.2001, 1 Ob 1/01f = JBl 2001, 788 (*Rummel*) = ecolex 2001, 834 = RdW 2002, 19

OGH 26.6.2001, 1 Ob 154/01f.

OGH 22.10.2001, 1 Ob 262/01p = ecolex 2002/95

OGH 25.6.2002, 1 Ob 129/02f

OGH 8.10.2002, 1 Ob 313/01p

OGH 28.1.2003, 1 Ob 8/03p = ZVR 2004/24 = JBl 2003, 866

OGH 28.2.2003, 1 Ob 148/02z

OGH 25.3.2003, 1 Ob 188/02g = ÖJZ-LSK 2003/145 = ecolex 2003, 416 = ZIK 2003, 141 = EvBl 2003/129 S 608 - EvBl 2003,608 = GesRZ 2003, 239 = wbl 2003, 443 = *Rebhahn*, ÖBA 2004, 267 = ÖBA 2004, 304 = SZ 2003/28 = *Danzl*, ZVR 2004,113 = *Raschauer*, ÖJZ 2005,1

OGH 8.10.2003, 9 ObA 80/03k

OGH 13.11.2003, 8 ObA 70/03g

OGH 17.11.2003, 1 Ob 70/03f = SZ 2003/125

OGH 12.10.2004, 1 Ob 296/03s = JBl 2005, 387

OGH 12.10.2004, 1 Ob 296/03s = Jbl 2005, 387 = ZVR 2005, 77 (*Danzl*) = SZ 2004/145

OGH 12.10.2004, 1 Ob 42/04i = RZ 2005,122 EÜ36, 37, 38 - RZ 2005 EÜ36 - RZ 2005 EÜ37 - RZ 2005 EÜ38 = ZVR 2005, 80 (*Danzl*) = ZVR 2005/86 S 295 (*Rihs*) - ZVR 2005, 295 (*Rihs*)

OGH 20.10.2004, 7 Ob 247/04f

OGH 24.6.2005, 1 Ob 49/05w = Zak 2005/63 S 38 - Zak 2005,38 = JBl 2006, 117 = Jus-Extra OGH-Z 4038 = Jus-Extra OGH-Z 4039 = ÖA 2005, 306 (*Wienerroither*) = *Schwimmann*, ÖA 2006,9 = *Weitzenböck*, ÖA 2006, 9 = ZVR 2006/42 S 175 (*Danzl*) - ZVR 2006, 175 (*Danzl*) = RZ 2006/11 S 106 - RZ 2006,106 = SZ 2005/92

OGH 27.9.2005, 1 Ob 58/05v = ecolex 2006, 202/69 – ecolex 2006/69 = *Weitzenböck*, ÖA 2006, 9

OGH 13.12.2005, 1 Ob 226/05z = ecolex 2006, 286 = ÖBA 2006, 528 = ZIK 2006/132 S 108 - ZIK 2006, 108 = RZ 2006, 153 EÜ178 - RZ 2006 EÜ178 = Jus-Extra OGH-Z 4139

OGH 14.2.2006, 4 Ob 228/05s

OGH 11.10.2006, 7 Ob 175/06w = JBl 2007, 389 (*Schmaranzer*)

OGH 23.1.2007, 1 Ob 255/06s = SZ 2007/5 = RZ 2007/8 S 102 - RZ 2007, 102 = EvBl 2007/73 S 410 - EvBl 2007,410 = Zak 2007/206 S 118 - Zak 2007,118 = ecolex 2007/183 S 437 - ecolex 2007, 437 = RdW 2007/351 S 321 - RdW 2007,321 = RZ 2007, 125 EÜ240 - RZ 2007 EÜ240 = ZVR 2007/210 S 335 (*Kathrein*) - ZVR 2007,335 (*Kathrein*) = ZVR 2008/54 S 128 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) - ZVR 2008, 128 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = Zak 2010/255 S 143 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht) - Zak 2010, 143 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht) = HS 38.392

OGH 18.04.2007, 8 Ob 30/07f

OGH 25.5.2007, 6 Ob 85/07d

OGH 26.6.2007, 1 Ob 53/07m

OGH 29.1.2008, 1 Ob 228/07x

OGH 10.7.2008, 8 Ob 69/08t = *Schrammel*, Zak 2008/635 S 367 - *Schrammel*, Zak 2008,367 = Zak 2008/646 S 374 - Zak 2008, 374 = ZVR 2009/38 S 75 (*Danzl*) - ZVR 2009, 75 (*Danzl*)

OGH 30.10.2008, 2 Ob 180/08x = Jus-Extra OGH-Z 4599 = EvBl-LS 2009/44 = AnwBl 2009, 212 = *ecolex* 2009/111 S 317 - *ecolex* 2009, 317 = ZVR 2009/38 S 75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) - ZVR 2009, 75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht)

OGH 26.2.2009, 1 Ob 176/08a = Zak 2009/274 S 178 - Zak 2009, 178 = *Rabl*, *ecolex* 2009, 579 = *ecolex* 2009/221 S 590 - *ecolex* 2009, 590 = JBl 2009,520 = RdM-LS 2009/42 (*Zeinhofer*) = RZ 2009, 195 EÜ288 - RZ 2009 EÜ288 = ZVR 2010/43 S 79 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) - ZVR 2010, 79 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = RdW 2009/503 S 524 - RdW 2009, 524

OGH 31.3.2009, 1 Ob 190/08k

30.7.2009, 8 Ob 6/09d = RdM-LS 2009/53 = Jus-Extra OGH-Z 4726 = ZVR 2010/43 S 79 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) - ZVR 2010, 79 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = *Kerschner*, SV 2010, 123 (Rechtsprechungsübersicht)

OGH 5.5.2010, 7 Ob 69/10p

OGH 6.7.2010, 1 Ob 121/09i = *ecolex* 2010/352 (956)

OGH 6.7.2010, 1 Ob 121/09i = *ecolex* 2010/352 S 955 - *ecolex* 2010, 955

OGH 23.2.2011, 1 Ob 224/10p

OGH 31.3.2011, 1 Ob 15/11d

Rechtssätze des OGH

RIS-Justiz RS0022469

RIS-Justiz RS0022638

RIS-Justiz RS0022686

RIS-Justiz RS0023011

RIS-Justiz RS0026319
RIS-Justiz RS0026319
RIS-Justiz RS0026337
RIS-Justiz RS0026353
RIS-Justiz RS0026360
RIS-Justiz RS0026360
RIS-Justiz RS0026367
RIS-Justiz RS0026381
RIS-Justiz RS0027565
RIS-Justiz RS0030052
RIS-Justiz RS0049746
RIS-Justiz RS0049749
RIS-Justiz RS0049749
RIS-Justiz RS0049749
RIS-Justiz RS0049751
RIS-Justiz RS0049794
RIS-Justiz RS0049816
RIS-Justiz RS0049816
RIS-Justiz RS0049847
RIS-Justiz RS0049882
RIS-Justiz RS0049896
RIS-Justiz RS0049897

RIS-Justiz RS0049897
RIS-Justiz RS0049908
RIS-Justiz RS0049954
RIS-Justiz RS0049956
RIS-Justiz RS0049956
RIS-Justiz RS0049972
RIS-Justiz RS0050022
RIS-Justiz RS0050038
RIS-Justiz RS0050052
RIS-Justiz RS0050069
RIS-Justiz RS0050139
RIS-Justiz RS0050199
RIS-Justiz RS0050209
RIS-Justiz RS0050275
RIS-Justiz RS0050308
RIS-Justiz RS0050338
RIS-Justiz RS0050426
RIS-Justiz RS0052920
RIS-Justiz RS0053146
RIS-Justiz RS0080272
RIS-Justiz RS0082339
RIS-Justiz RS0082344

RIS-Justiz RS0082345

RIS-Justiz RS0087631

RIS-Justiz RS0102269

RIS-Justiz RS0104351

RIS-Justiz RS0104351

RIS-Justiz RS0108063

RIS-Justiz RS0109982

RIS-Justiz RS0110188

RIS-Justiz RS0111784

RIS-Justiz RS0111898

RIS-Justiz RS0113917

RIS-Justiz RS0115014

RIS-Justiz RS0115023

RIS-Justiz RS0117456

RIS-Justiz RS0119330

RIS-Justiz RS0119445

RIS-Justiz RS0120111

RIS-Justiz RS0120112

RIS-Justiz RS0122387

RIS-Justiz RS0124590

Entscheidungen des OLG Wien

OLG Wien 18.9.1995, 14 R 122/95

OLG Wien 22.4.1999, 14 R 70/99p = AnwBl 1999/7601

OLG Wien 13.9.2001, 17 R 172/01s = EFSlg 97.840

Entscheidung des LG Eisenstadt

LG Eisenstadt 3.3.2005, 13 R 330/04h

Rechtssatz des LG Eisenstadt

RIS-Justiz RES0000066

Entscheidungen des VwGH

VwGH 17.5.1950, SlgNF 1450 A

VwGH 2.12.1955, 3379/53

VwGH 25.2.1964, 1156/63

VwGH 5.10.1971, 104/70 = ÖJZ 1972, 417

VwGH 12.10.1972, 2396/71

VwGH 24.10.1973, 811/73

VwGH 12.12.1978, 1246/77

VwGH 25.1.1979, 1647/77

VwGH 12.9.1980, 1343/79

VwGH 26.9.1980, 1344/79

VwGH 23.11.1982, 82/07/0162

VwGH 14.2.1985, 85/02/0114
VwGH 15.9.1987, 87/07/0012
VwGH 22.9.1989, 87/17/0164
VwGH 24.4.1990, Zl. 89/07/0172
VwGH 18.9.1990, 90/05/0086
VwGH 27.11.1990, 90/04/0149
VwGH 4.3.1992, 91/03/0135
VwGH 27.5.1992, 91/03/0106
VwGH 29.7.1992, 91/12/0036
VwGH 22.9.1992, 92/07/0116
VwGH 18.5.1993, 92/05/0098
VwGH 17.12.1993, 93/15/0094
VwGH 26.4.1995, 92/07/0159
VwGH 20.7.1995, 93/07/0043
VwGH 29.1.1996, 96/16/0014
VwGH 26.2.1996, 94/10/0147
VwGH 20.3.1996, 95/03/0235
VwGH 12.9.1996, 95/05/0231
VwGH 1.7.1997, 97/04/0048
VwGH 24.4.1997, 94/15/0015
VwGH 28.5.1997, 95/12/0050
VwGH 10.6.1999, 96/07/0191

VwGH 25.5.2000, 99/07/0213

VwGH 22.11.2000, Zl. 98/12/0036

VwGH 23.1.2002, 2001/07/0139 = wbl 2003, 146

VwGH 18.4.2002, 2000/09/0171

VwGH 25.4.2003, 2002/12/0109

VwGH 25.4.2003, 2001/12/0195

VwGH 2.10.2003, 2000/09/0137

VwGH 20.5.2008, 2005/12/0116

VwGH 17.9.2009, 2007/07/0164

VwGH 25.2.2010, 2005/06/0370

VwGH 22.4.2010, 2008/09/0316

VwGH 20.5.2010, 2009/07/0052

VwGH 30.6.2010, 2009/12/0124

VwGH 28.9.2010, 2009/05/0218

Entscheidungssammlung des VwGH

VwSlg 4896 A/1959

VwSlg 5389 A/1960

VwSlg 7615 A/1969

VwSlg 7714 A/1970

VwSlg 8303 A/1972

VwSlg 9025 A/1976

VwSlg 9370 A/1977

VwSlg 10225 A/1980

VwSlg 10811 A/1982

VwSlg 14326 A/1995

Entscheidungen des VfGH

VfGH 24.6.1993, G 191/92, G 274/92

VfGH 7.12.1994, B1424/94, G229/94

Entscheidungssammlung des VfGH

VfSlg 1677/1948

VfSlg 2046/1950

VfSlg 2847/1955

VfSlg 2847/1955

VfSlg 3262/1957

VfSlg 3952/1961

VfSlg 4501/1963

VfSlg 4827/1964

VfSlg 4929/1965

VfSlg 5395/1966

VfSlg 6084/1969

VfSlg 7078/1973

VfSlg 8202/1977

VfSlg 8202/1977

VfSlg 11492/1987

VfSlg 11500/1987

VfSlg 11762/1988

VfSlg 12838/1991

VfSlg 14784/1997

VfSlg 16049/2000

VfSlg 16692/2002

VfSlg 16.827/2003

Entscheidung der OBDK

OBDK 7.5.2001, 5 Bkd 3/00 = AnwBl 2001/7761

Entscheidungen des EGMR

EGMR U 16.7.1971 *Ringelsen*, Nr. 2614/65

EGMR U 23.10.1985 *Bentham*, Nr. 8848/80 = EuGRZ 1986, 299 = NJW 1987, 2141

Deutsche Judikatur und Literatur

BGHZ 60, 112

BGHZ 39, 358

NJW 1980, 2578

Abstract

Die vorliegende Dissertation beschäftigt sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen Rechtsträger nach den Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes für die fehlerhafte Tätigkeit von Sachverständigen im Verwaltungsverfahren haften. Dabei muss zwischen den verschiedenen Arten von Sachverständigen unterschieden werden (Amtssachverständige, nichtamtliche Sachverständige, beliehene bzw in Pflicht genommene Sachverständige).

Eingangs werden die rechtlichen Grundlagen für die Tätigkeit von Sachverständigen im Verwaltungsverfahren erörtert. Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig, hat die Behörde gem § 52 Abs 1 AVG einen ihr beigegebenen oder ihr zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen beizuziehen. Wenn ein Amtssachverständiger nicht zur Verfügung steht oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten ist, kann ausnahmsweise eine andere geeignete Person als Sachverständiger (nichtamtlicher Sachverständiger) gem § 52 Abs 2 und Abs 3 AVG herangezogen werden. Sowohl der Amtssachverständige und als auch der nichtamtliche Sachverständige werden im Verwaltungsverfahren als Hilfsorgane der Behörde tätig. Amtssachverständigen können aber auch abseits des Verfahrensrechts weitergehende Befugnisse hoheitlicher Natur zukommen (zB als Amtsarzt). Die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben wird aber in den letztern Jahren auch vermehrt auf Private übertragen, sodass es auch die Rechtsstellung des beliehenen bzw in Pflicht genommenen Sachverständigen zu erörtern gilt. In diesem Zusammenhang wird auch die neueste Judikatur des OGH zur Organstellung von beliehenen Unternehmen (vgl OGH 1 Ob 176/08a) erörtert.

Das Hauptaugenmerk dieser Dissertation liegt auf der Erörterung der allgemeinen Haftungsvoraussetzung nach dem Amtshaftungsgesetz und sodann der Untersuchung der Organstellung der einzelnen Arten von Sachverständigen sowie deren Tätigkeit in Vollziehung der Gesetze. Die Autorin begründet die These, dass auch dem nichtamtlichen Sachverständigen Organstellung im Sinne des § 1 Abs 2 AHG zukommt, da die gutachterliche Tätigkeit des nichtamtlichen Sachverständigen als unterstützende Tätigkeit im Dienste der Erreichung der eigentlichen hoheitlichen Zielsetzung anzusehen ist, da sie in einem hinreichend engen inneren und äußeren Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabe steht. Im Ergebnis kommt daher auch Amtshaftung für die fehlerhafte Tätigkeit des nichtamtlichen Sachverständigen in Betracht.

Lebenslauf

Persönliche Daten

Mag. Cora L e s k o v a r

geboren am 24. Februar 1987 in Wien

österreichische Staatsbürgerin

Ausbildung

Okt 05 - Jun 09 Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

Sept 08 - Jän 09 Auslandssemester an der Universität Kopenhagen/Dänemark