

hingewiesen – unterliegt jeder auf der Grundlage von § 68 AVG ergehende Bescheid selbst wieder der Kontrolle durch das zuständige VwG. Im Prinzip würde sich also in der hier erwogenen Konstruktion nichts anderes als die systembedingt unterschiedliche Funktionalität der mit der Wahrung gerade auch von Allgemeininteressen betrauten Verwaltung einerseits und der primär auf den Schutz subjektiver Rechte ausgerichteten Verwaltungsgerichtsbarkeit andererseits widerspiegeln.

## V. SCHLUSS

Die hier angestellten Überlegungen zur Auslegung des § 68 AVG im System der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit verstehen sich als ein durchaus bewusst mit tradierten Denkmustern brechender Diskussionsbeitrag für die Lösung eines „alten“ Problems, das sich nun aus einer neuen Perspektive ganz anders stellt und daher neue Zugänge verlangt. Hinter alldem stehen freilich ganz grundsätzliche, neu zu denkende Fragen zum Verhältnis zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwal-

tung, Erkenntnis und Bescheid sowie subjektivem Rechtsschutz und Wahrung öffentlicher Interessen bzw. objektiver Rechtmäßigkeit. *Ewald Wiederin* hat an anderer Stelle gemeint, dass es uns wohl noch auf Jahrzehnte hinaus beschäftigen wird, diesbezüglich tragfähige Antworten zu entwickeln.<sup>118</sup> Es würde mich freuen, wenn es mir gelungen wäre, einen kleinen Beitrag dazu zu leisten, dass es vielleicht nicht ganz so lange dauern wird.

118 *Wiederin* (FN 27) 707.



Der Autor:

Dr. **Christian Ranacher**, MAS  
Amt der Tiroler Landesregierung  
Vorstand der Abteilung Verfassungsdienst  
Eduard Wallnöfer Platz 3  
A-6020 Innsbruck

✉ [christian.ranacher@tirol.gv.at](mailto:christian.ranacher@tirol.gv.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Ranacher/Christian](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Ranacher/Christian)

Foto privat

Franz Merli

# Unabhängiges Gericht und abhängiger Sachverständig\*

» ZfV 2015/4

Lehre und Rechtsprechung sehen keinen Verstoß gegen das Gebot eines fairen Verfahrens, wenn die Verwaltungsgerichte Amtssachverständige heranziehen, die beim Rechtsträger der belangten Behörde, also einer Partei des Verfahrens, arbeiten. Diese Beurteilung wird nicht sehr überzeugend begründet, trifft aber dann zu, wenn der Rechtsträger kein spezifisches Interesse am Ausgang des konkreten verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hat.

- » **Deskriptoren:** Amtssachverständige; Verfahren, verwaltungsgerichtliches; Verfahren, faire; Verwaltungsgerichtsbarkeit; Waffengleichheit.
- » **Rechtsquellen:** § 52 AVG iVm § 17 VwGVG; Art 6 Abs 1 MRK; Art 47 GRC.

## I. Einführung

## II. Argumente für die Verwendung von Amtssachverständigen

- A. Es gibt keine anderen
- B. Amtssachverständige sind billiger
- C. Amtssachverständige sind nicht an Weisungen ihres Dienstgebers gebunden
- D. Die Zugehörigkeit von Amtssachverständigen zu einer Verfahrenspartei kann bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden
- E. Gutachten von Amtssachverständigen können durch Privatgutachten entkräftet werden
- F. Die Verwaltung verfolgt keine eigenen Interessen

## III. Schlussfolgerungen

\* Das ist die mit Belegen versehene und etwas überarbeitete Version eines Vortrags, den ich am 23. 10. 2014 an der Universität Wien im Rahmen der Tagung „Auf dem Weg zu (mehr) Rechtsstaatlichkeit? Veränderungen durch die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit“ gehalten habe. Der Diskussion dort verdanke ich wertvolle Anregungen.

## I. EINFÜHRUNG

Wenn man in ein fremdes Land reist, sieht man das eigene oft mit neuem Blick. Auf ähnliche Weise lässt uns die lang ersehnte und überfällige Einführung einer zweigliedrigen Verwaltungsgerichtsbarkeit manche Eigenheiten unseres Rechts entdecken, die wir bisher gar nicht richtig bemerkt haben. Zu diesen Entdeckungen gehört auch, dass es nicht selbstverständlich ist, wenn ein Gericht in einem Streit zwischen zwei Parteien den Sachverständigen der einen Partei heranzuziehen hat.

Genau das sieht das geltende Verwaltungsprozessrecht vor: Nach § 52 AVG sind für einen Sachverständigenbeweis „die der Behörde beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen“ beizuziehen; auf andere, nichtamtliche Sachverständige darf nur ausnahmsweise zurückgegriffen werden. Diese Regelung gilt nach § 17 VwGVG auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Da die Verwaltungsgerichte keine eigenen „beigegebenen“ Sachverständigen haben, müssen sie auf jene zurückgreifen, die „zur Verfügung stehen“. Durch die Organisationsgesetzgebung allgemein zur Verfügung gestellt wurden dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG) die Amtssachverständigen des Bundes und den Landesverwaltungsgerichten (LVwG) die Amtssachverständigen des jeweiligen Landes.<sup>1</sup> Die Verwaltungsgerichte (VwG) müssen daher als Sachverständige regelmäßig Bedienstete jener Verwaltungsträger bestellen, deren Behörden als Beschwerdegegner Partei im Verfahren sind. Das ist in der Tat eine merkwürdige Regelung.

Das Problem hätte man schon früher sehen können, bei den Unabhängigen Verwaltungssenaten, anderen unabhängigen Rechtsschutzeinrichtungen oder beim Asylgerichtshof,<sup>2</sup> aber richtig wahrgenommen hat es unsere Zunft erst jetzt. In einer ersten Welle von Stellungnahmen wurde die Amtssachverständigenregelung als Verstoß gegen das Gebot eines fairen Verfahrens nach Art 6 MRK und Art 47 GRC vehement kritisiert und wegen ihr den VwG sogar die Gerichtseigenschaft abgesprochen.<sup>3</sup> Inzwi-

schen gibt es differenziertere Kritik,<sup>4</sup> aber auch eine ganze Reihe von Untersuchungen, die – an ältere Werke anknüpfend und unter Berufung auf die bisherige Rechtsprechung des VwGH und die Judikatur des EGMR – in der Verwendung von Amtssachverständigen kein prinzipielles Problem sehen.<sup>5</sup> Und zuletzt hat der VfGH entschieden, dass „die Heranziehung von Amtssachverständigen auch in Verfahren vor Verwaltungsgerichten grundsätzlich zulässig“ ist.<sup>6</sup> Es sieht also so aus, als könne alles bleiben, wie es ist.

Das ist meines Erachtens im Ergebnis in vielen Fällen auch richtig, aber die Begründung dafür kann noch genauer gefasst werden. Ich möchte daher die Argumente für die Verwendung von Amtssachverständigen des beklagten Rechtsträgers durchgehen und sehen, wie weit sie tragen (II.). Ist das geschehen, lässt sich auch genauer sagen, wann sie zulässig ist und wann nicht (III.).

Zuvor nur noch eine Präzisierung der Fragestellung zur Vermeidung von Missverständnissen: Es geht im Folgenden nicht um alle Amtssachverständige, sondern nur um solche, die von Rechtsträgern beschäftigt werden, deren Behörde gemäß § 18 VwGVG Partei in einem konkreten verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist. Hier interessiert also der mögliche Konflikt zwischen Aufgabenwahrnehmung für das Gericht und Zugehörigkeit zu einer Partei des konkreten Verfahrens. Ausgeblendet bleibt dagegen, ob Sachverständige, die bereits im verwaltungsbehördlichen Verfahren mitgewirkt haben, auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren herangezogen werden können oder vielmehr, zB wegen einer Tendenz zur Verteidigung ihres Gutachtens auch gegen berechtigte Einwände, als Befangen gelten müssen. Befangenheit durch frühere Mitwirkung ist eine andere Frage als Befangenheit durch Anstellung bei einer Partei, auch wenn sie oft im selben Verfahren auftritt.

Eine besondere Form der Verquickung beider Fragen wird derzeit im Strafverfahren intensiv diskutiert: Darf das Gericht Sachverständige verwenden, die in diesem Fall schon für die Staatsanwaltschaft gearbeitet haben?<sup>7</sup> Dabei handelt es sich

<sup>1</sup> § 14 BVwGG; zB § 31 Stmk LVwGG; weiters zB § 40 Abs 6 UVP-G; zu solchen Bestimmungen *Erich Pürgy*, Die Mitwirkung von Sachverständigen im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, ÖJZ 2014, 389 (391 f); *Josefa Breitenlechner*, Sachverständige im Verfahren der Verwaltungsgerichte, in *Holoubek/Lung* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 189 (192 ff).

<sup>2</sup> Siehe aber *Rudolf Thiene*, Das Verfahren der Verwaltungssenate<sup>2</sup> (1992) 112 ff, und VwGH 28. 6. 2004, 2003/10/0277 = VwSlg 16 387 A/2004; die Tatsache, dass Amtssachverständige Angehörige einer Partei des Verfahrens sein konnten, spielte dabei aber keine große Rolle. Skeptisch zum Amtssachverständigen auch schon im „normalen“ Verwaltungsverfahren ohne Parteistellung einer belangten Behörde *Christian Kopetzki*, Art 5 und 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsverfahrenrecht, EuGRZ 193, 187; *Benjamin Davy*, Sachverständigenbeweis und Fairness des Verfahrens, ZfV 1986, 310 (318); *Bernd-Christian Funk*, Die Aufgaben des Sachverständigen im Rahmen rechtlicher Entscheidungen – Verfassungsfragen der Sachverständigentätigkeit, in *Aicher/Funk* (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1 (20 f). Bereits im Kontext der Diskussion einer reformierten Verwaltungsgerichtsbarkeit *Franz Merli*, Rechtsschutz neu: Die Verwaltungsgerichte, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Der Österreich-Konvent. Zwischenbilanz und Perspektiven (2004) 174 (180); *Reinhard Klaushofer*, Anforderungen an Sachverständige aus verfassungsrechtlicher Sicht, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Sachverständig im Wirtschaftsrecht (2013) 35 (53 f; vgl aber auch 50 zum UVS-Verfahren).

<sup>3</sup> *Ferdinand Kerschner*, Gewährleisten die neuen Verwaltungsgerichte ausreichenden Rechtsschutz? RdU 2012, 133; *ders*, Artikel 6 EMRK noch nicht voll erfüllt: Zu den neuen Verwaltungsgerichten, in FS Stolzlechner (2013) 347 mwN; Kurzkritik auch etwa bei *Matthias Rant*, *Alexander*

*Schmidt*, *Bernd-Christian Funk* und *Harald Kramer*, Sachverständige 2012, 1, 2, 3.

<sup>4</sup> *Stefan Storr*, Das Verfahrensrecht für die zukünftigen Verwaltungsgerichte, ZfV 2012, 911 (913 f); *Markus Thoma*, Der Sachverständige in einer künftigen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *Matthias Rant* (Hrsg), Sachverständige in Österreich (2012) 363 (367 ff); *Merli/Ehrke-Rabel*, Die belangte Behörde in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit – Vergleich und Bewertung, in *Ehrke-Rabel/Merli* (Hrsg), Die belangte Behörde in der neuen Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 167 (192 ff); *Stefan Storr*, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit im europäischen Kontext, in *Fischer/Pabell/Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 71 (85 ff); *Kolanovits/Muzak/Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>10</sup> (2014) Rz 368.

<sup>5</sup> *Gerhart Wielinger*, Die Presse 16.7.2012; zustimmend *Florian Herbst*, Das Verfahren der Verwaltungsgerichte, ZVR 2012, 433 (437), der aber die Mitwirkung von Verwaltungsorganen an der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit problematisiert; zu diesem Problem inzwischen VfGH 7. 10. 2014, E 707/2014; *Eduard Paulus*, Der Sachverständigenbeweis im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, ÖZK 2012, 150 (152); *Pürgy* (FN 1) ÖJZ 2014, 393 ff; *Christoph Grabenwarter*, Vom Verwaltungsstaat zum Justizstaat, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Justizstaat: Chance oder Risiko? (2014) 69 (74), allerdings mit rechtspolitischen Zweifeln.

<sup>6</sup> VfGH 7. 10. 2014, E 707/2014. Dazu *Katharina Pabel*, Der Amtssachverständige im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, ZVG 2015.20.

<sup>7</sup> Zuletzt *Mayer/Haidenhofer*, Der Sachverständige als Gehilfe des Staatsanwalts im Strafprozess, AnwBl 2014, 100; *Klaus Schwaighofer*, Der Sachverständigenbeweis im Strafverfahren (2014). Die Frage ist auch innerhalb des OGH strittig: Während andere Senate darin kein Problem sa-

um mögliche Befangenheit einerseits durch frühere Mitwirkung und andererseits durch Arbeit für eine Partei des gerichtlichen Verfahrens. Der hier behandelten Konstellation entspricht das jedoch nicht, denn das würde voraussetzen, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige bei der Staatsanwaltschaft dauernd beschäftigt wäre. Die Bestellung von Bediensteten einer Verfahrenspartei als gerichtliche Sachverständige gilt aber im Strafverfahren ebenso als unzulässig wie im Zivilprozess.<sup>8</sup> Warum also soll sie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mit einem fairen Verfahren vereinbar sein?

## II. ARGUMENTE FÜR DIE VERWENDUNG VON AMTSSACHVERSTÄNDIGEN

### A. ES GIBT KEINE ANDEREN

Das klingt vielleicht überraschend, ist aber, wenn man die Verweiskette der einschlägigen Entscheidungen<sup>9</sup> verfolgt, der Begründungskern der Rechtsprechung des EGMR: Würde man an der bloßen Beschäftigung eines Sachverständigen bei einer Verfahrenspartei Anstoß nehmen, heißt es dort, zöge dies oft inakzeptable Beschränkungen für die Einbeziehung von Sachverständigen nach sich.<sup>10</sup> Das Argument ist verständlich, aber doch recht schwach.<sup>11</sup> Es kann vielleicht im Einzelfall nach dem Grundsatz „ultra posse nemo obligatur“ wirken, aber keine generelle Regel auch dort rechtfertigen, wo es, wie in den meisten Fällen, genügend andere Experten gibt oder wo man dafür sorgen könnte.<sup>12</sup>

hen, hat ein Senat des OGH die Regelung des § 126 Abs 4 StPO, nach der Befangenheit eines Sachverständigen nicht bloß mit der Begründung geltend gemacht werden kann, dass er bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist, als Verstoß gegen Art 6 MRK beim VfGH angefochten; OGH 11 Os 26/14d vom 16. 9. 2014.

8 Schwabhofer (FN 7) 8; Walter Rechberger, §§ 355, 356 ZPO, in *Fasching/Kenečný* (Hrsg.), *Zivilprozessgesetz III* (2004) Rz 3; ebenso § 87 Abs 5 ASGG. Strenge Vorgaben gelten auch zB für Sachverständige im Akkreditierungsverfahren (§ 9 Abs 7 AkkG) oder für Analysten von Ratingagenturen (Anhang I Abschnitt C 2 VO 1060/2009/EU).

9 EGMR, 5. 7. 2007, *Sara Lind Eggertsdóttir*, Rz 4B, mit Verweis auf die Fälle *Böhrisch*, *Brandstetter*, *Zumtobel*, *Belagings- en Beheersmaatschappij Indiana* sowie *Wolfgang Blum* und *Klaus Ignaz Jacobi*.

10 EGMR 28. 8. 1991, *Brandstetter*, Rz 44: „[I]n the Court's opinion, the fact that an expert is employed by the same institute or laboratory as the expert on whose opinion the indictment is based, does not in itself justify fears that he will be unable to act with proper neutrality. To hold otherwise would in many cases place unacceptable limits on the possibility for courts to obtain expert advice.“

11 Vgl. EGMR 5. 7. 2007, *Sara Lind Eggertsdóttir*, Rz 41: „In their pleadings, the Government emphasised the need to take into account the particular demographic situation in Iceland, with its relatively small population, and the difficulty of finding suitable experts who did not have any ties to the NUH. Inasmuch as it implies that variable standards should apply to the competent "tribunal" depending on practical considerations, the Court does not accept the Government's reasoning (see *Walston v. Norway*, no. 37372/97 (dec.), 11 December 2001). The question whether a tribunal is impartial for the purposes of Article 6 § 1 must be determined solely according to the principles laid down in the Court's case-law, namely according to a subjective test, that is on the basis of the personal conviction of a particular judge in a given case, and also according to an objective test, that is ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect (see *Pétur Thór Sigurðsson v. Iceland*, no. 39731/98, § 37, ECHR 2003-IV; and *Wattstein v. Switzerland*, no. 33958/86, § 42, ECHR 2000-XI).“

12 So auch zB EGMR 11. 12. 2008, *Shulepova*, Rz 67: „The Court further notes that the respondent hospital was not the only institution whose specialists possessed the requisite skills to perform a psychiatric examination of the applicant. The court could have obtained expert advice from psychiatrists employed by other psychiatric hospitals in the Kaliningrad [sic] region or other regions of Russia. Accordingly, there were no obstacles to finding independent experts (see, by contrast, Zarb, decision cited above,

### B. AMTSSACHVERSTÄNDIGE SIND BILLIGER

Das Argument trifft wegen der Kostenregelungen im Verwaltungsprozess zu,<sup>13</sup> und es hat auch einiges Gewicht, denn es erleichtert die Zugänglichkeit des Rechtsschutzes.<sup>14</sup> Allerdings lassen sich mit finanziellen Erwägungen Qualitätseinbußen in der Gerichtsbarkeit ganz generell nur beschränkt rechtfertigen, und vor allem bedarf das konkrete Kostenargument einer näheren Betrachtung: Amtssachverständige sind billiger für die Antragsteller des Verfahrens, die sonst die Gebühren nicht-amtlicher Sachverständiger tragen müssten, und vermutlich auch für die öffentliche Hand, die ihren eigenen Bediensteten Monatslöhne statt privaten Experten Stundensätze zahlen kann. Sie sind aber nicht billiger für mitbeteiligte Parteien wie die Nachbarn einer zu genehmigenden Anlage, die Privatgutachten zahlen müssten, um die Aussagen eines möglicherweise parteilichen Amtssachverständigen „auf gleicher Ebene“ zu bekämpfen. Dann kommt es nicht nur zu höheren Gesamtkosten für Sachverständige, sondern auch ihre Verteilung auf die Parteien des Verfahrens wird ohne Rechtfertigung ungleich. Daraus kann man lernen: Nur wenn Amtssachverständige unparteilich sind, sind sie billiger. Das zeigt, dass das Kostenargument für unsere Frage nichts beiträgt.

### C. AMTSSACHVERSTÄNDIGE SIND NICHT AN WEISUNGEN IHRES DIENSTGEBERS GEBUNDEN

Auch wenn es dafür unterschiedliche Begründungen gibt, besteht doch weitgehend Einigkeit darüber, dass der Inhalt der Gutachten und Aussagen von Amtssachverständigen nicht durch Weisungen gesteuert werden darf; zentral sind jedenfalls die §§ 288 und 289 StGB, die die Erstattung eines falschen Befunds oder Gutachtens verbieten.<sup>15</sup> Freilich geht es bei der

and *Emmanuella v. Italy* (dec.), no. 35791/97, 31 August 1999.“ Zu entsprechenden Möglichkeiten in Österreich unten III.

13 § 17 VwGVG iVm §§ 74 ff, vor allem § 75 Abs 1 AVG; dazu zB *Bußjäger/Kraft*, Sachverständigen, Privatisierung und Kostentragung, Verfahrensrechtliche, organisatorische und finanzrechtliche Aspekte des Sachverständigenwesens der Gebietskörperschaften, ZfV 1999, 12 (14 f); *Pürgy* (FN 1) ÖJZ 2014, 395 f.

14 ZB *Hans R. Klecatsky*, Der Sachverständigenbeweis im Verwaltungsverfahren, ÖJZ 1961, 309 (311); eher kritisch, weil der Grundsatz der Kostenwahrheit nicht beachtet werde, *Bußjäger/Kraft* (FN 13) ZfV 1999, 15; *Florian Schifkorn*, Zur Beteiligung von Amtssachverständigen am Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, ZfV 2014, 216.

15 VfGH 7. 10. 2014, E 707/2014: „Amtssachverständige sind grundsätzlich gemäß Art 20 Abs 1 B-VG in dienstlicher Hinsicht weisungsgebunden (vgl. VwGH 23.9.2004, 2002/07/0149; 17.6.1998, 92/06/0228). Allein darin kann aber kein Grund für eine Befangenheit oder den Anschein der Befangenheit gesehen werden (vgl. VwGH 22.11.2000, 98/12/0036; 23.6.1994, 93/06/0212). Gemäß ständiger Rechtsprechung sowohl des Verwaltungs- als auch des Verfassungsgerichtshofes sind Amtssachverständige bei der Erstattung ihrer Gutachten ausschließlich der Wahrheit verpflichtet und hinsichtlich des Inhaltes ihrer Gutachten an keine Weisungen gebunden (vgl. VfStG 16.567/2002; VwGH 21.12.2005, 2003/04/0184; 28. 4. 2011, 2010/09/0230), weil Gutachten den sie erstellenden (Amts-)Sachverständigen persönlich zurechenbar sind. Davon gehen auch die Strafgesetze der §§ 288 und 289 StGB aus (vgl. VwGH 26.5.2008, 2004/06/0039).“ Siehe auch *Wolfgang Pesendorfer*, Zur Weisungsgebundenheit des sachverständigen und wissenschaftlichen Dienstes einer Gebietskörperschaft, ZfV 1983, 230; *Heinz Mayer*, Zur Frage der Weisungsgebundenheit von Amtssachverständigen, ÖZW 1983, 97; *Funk* (FN 2) 13 ff; *Davy* (FN 2) ZfV 1986, 318; *Thienel* (FN 2) 114 ff; *Ulrich Zellenberg*, Der amtliche Sachverständige, in *Altmeppen/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg.), *Handbuch des Sachverständigenrechts* (2006) Rz 3.021 ff. Freilich ist zu bedenken, dass §§ 288 f StGB auch für pri-

Fairness des Verfahrens auch um den äußeren Anschein, und für diesen spielen nicht nur formelle Weisungen, sondern auch andere Einflussmöglichkeiten des jeweiligen Dienstgebers eine Rolle.<sup>16</sup> Über solche Möglichkeiten verfügen die Dienstgeber in erheblichem Ausmaß, und sie können sie nutzen, auch ohne ihre Sachverständigen in einen Konflikt mit dem Strafrecht zu bringen.

Zunächst gibt es strenge oder weniger strenge, genaue oder weniger genaue, selbstbewusste und zurückhaltende Sachverständige. Wer von ihnen in einem konkreten Verfahren zum Zug kommt, entscheidet in der Praxis oft nicht das VwG, sondern die Dienststellenleitung der Amtssachverständigen, nämlich immer dann, wenn das VwG gar keine bestimmte Person anfordert.<sup>17</sup> Der VfGH hat dagegen in der genannten Entscheidung zu Recht betont, dass das VwG die Auswahl selbst treffen muss.<sup>18</sup> Allerdings stößt die Auswahl auf Grenzen, wenn etwa die Dienststellenleitung Sachverständige, die sie für weniger geeignet hält, mit so viel anderer Arbeit eindeckt, dass sie eben nicht mehr zur Verfügung stehen können.

Dann bezieht sich die Weisungsfreiheit nur auf die inhaltliche Gestaltung des Gutachtens, nicht aber auf organisatorische und dienstliche Belange.<sup>19</sup> Die Vorgesetzten können den Sachverständigen daher für ihre Tätigkeit im Dienste der VwG mehr oder weniger Ressourcen und Zeit geben, und das kann sich durchaus im Gutachten niederschlagen. Schließlich und vor allem können Sachverständige ganz ohne Weisung oder sonstige Einflussnahme in Versuchung kommen, ihr Ansehen und Fortkommen in der Behörde durch Zurückhaltung bei der Kritik an Kollegen, die im Verwaltungsverfahren mitgewirkt haben, oder durch Anpassung an wahrgenommene oder unterstellte Erwartungen des Dienstgebers zu fördern. Dazu müssen sie kein falsches Gutachten abgeben, sondern oft nur die unvermeidlichen Beurteilungsspielräume nutzen, die ihre Kunst bietet, und manchmal reicht auch schon eine bestimmte Art der Präsentation.<sup>20</sup>

Die Weisungsfreistellung allein kann also die Neutralität der Amtssachverständigen weder garantieren, noch einen Anschein von Befangenheit ausschließen, weil die Einbindung in die Verwaltung auch auf andere Weise Druck auf die Sachverständigen ausüben kann.<sup>21</sup> In den Worten des VfGH: „Aus der fachlichen Weisungsfreiheit des Amtssachverständigen bei Erstattung seines Gutachtens kann [...] nicht gefolgert werden, dass das Verwaltungsgericht in jedem Fall Amtssach-

verständige heranziehen darf.“<sup>22</sup> Wie erklären sich dann die vielen Aussagen,<sup>23</sup> nach denen die Zugehörigkeit der Amtssachverständigen zur Verwaltung kein Problem ist?

#### D. DIE ZUGEHÖRIGKEIT VON AMTSSACHVERSTÄNDIGEN ZU EINER VERFAHRENSPARTEI KANN BEI DER BEWEISWÜRDIGUNG BERÜCKSICHTIGT WERDEN

Der Vorschlag wird öfters gemacht,<sup>24</sup> aber selten konkretisiert. Das dürfte auch schwierig sein, denn das VwG kann ja nicht unter Berücksichtigung der Stellung von Amtssachverständigen von deren Feststellungen abweichen und zB entgegen dem Gutachten doch eine Gesundheitsgefahr annehmen oder eine Auflage für notwendig halten.

Der einzige konkrete Vorschlag, den ich gefunden habe, sieht eine besonders strenge richterliche Prüfung des Gutachtens auf Schlüssigkeit und inneren Wahrheitsgehalt vor und lautet dann so: „Stellt sich im Rahmen der freien Beweiswürdigung heraus, dass der Amtssachverständige etwa im Interesse ‚seiner Behörde‘ parteilich agierte, so ist das Gutachten unbrauchbar und das Verwaltungsgericht hat einen anderen Sachverständigen beizuziehen.“<sup>25</sup> Der Vorschlag weist auf einen sehr wichtigen Aspekt hin, den auch Praktiker immer wieder betonen: Es geht nicht nur um die Auswahl von neutralen Sachverständigen, sondern auch um die Sicherung ihrer Neutralität im laufenden Verfahren. Im Übrigen überzeugt der Vorschlag aber nicht: Zum einen ist schwer zu sehen, wie Juristen durch die Prüfung von Schlüssigkeit und innerem Wahrheitsgehalt erkennen sollen, ob Sachverständige Spielräume in die eine oder andere Richtung nutzen oder ob sie lege artis handeln. Eine Bestellung von Sachverständigen nach dem Motto „Wir können es ja einmal mit ihm versuchen und ihn notfalls später austauschen.“ ist daher nicht vertretbar. Zum anderen ist die vorgeschlagene Remedur gar keine andere Beweiswürdigung, sondern die Bestellung eines anderen Sachverständigen – und damit letztlich die Korrektur eines Fehlers bei der Bestellung.

vate Sachverständige gelten; sie deswegen für unbefangen zu halten, auch wenn sie Bedienstete einer Partei des Verfahrens sind, hat noch niemand empfohlen.

16 VfSlg 15.762/2000; Zellenberg (FN 15) Rz 3.023; Erich Pürgy, Das Sachverständigengutachten im Verwaltungsverfahren, ZTR 2012, 4 (11).

17 Vgl für die UVS Gero Schmid, Die Bestellung von Sachverständigen im Verfahren vor dem UVS, UVS aktuell 2006, 100 (102).

18 VfGH 7. 10. 2014, E 707/2014.

19 VfGH 7. 10. 2014, E 707/2014.

20 Gutes Anschauungsmaterial für den – positiven wie negativen – Umgang mit solchen Gefährdungen bieten die Sachverständigen Gutachten im Rahmen der UVP für das Projekt einer Autorennstrecke durch die stmk LReg; siehe dazu die Entscheidung des Umweltsenats v 3. 12. 2004, US 5B/2004/11-18.

21 Deshalb würde auch eine ausdrückliche gesetzliche Weisungsfreistellung der Amtssachverständigen, wie sie Pürgy (FN 16) ZTR 2012, 12 ff., und Klaushofer (FN 2) 54, diskutieren, nicht wirklich helfen.

22 VfGH 7. 10. 2014, E 707/2014.

23 ZB VwGH 7. 7. 2010, 2009/12/0096: „Aus der bloßen Zugehörigkeit eines Amtssachverständigen zu einer bestimmten Behörde und aus der Weisungsgebundenheit des Amtssachverständigen kann eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens nicht abgeleitet werden. Die Einbindung eines Amtssachverständigen in die Amtshierarchie ist ein wesentliches Kennzeichen des Amtssachverständigen und vermag für sich allein eine Befangenheit nicht zu begründen, gleichgültig, welche Stellung der Amtssachverständige in der Hierarchie einnimmt (vgl. etwa die in Walter/Thiernel, *Verwaltungsverfahrensgesetz Band 12*, unter E 36 und 38 zu § 53 AVG wiedergegebene hg. Rechtsprechung).“; EKMR 30. 6. 1992, *Zumbobel*, Rz 86: „In the Commission's opinion, the mere fact that experts were employed by the administrative authority which also decided on the expropriation does not in itself justify fears that the experts were unable to act with proper neutrality.“; EGMR 11.12.2008, *Shulepova*, Rz 62: „The mere fact that experts are employed by one of the parties does not suffice to render the proceedings unfair.“; EGMR 11. 12. 2008, *Mirilashvili*, Rz 176; *Thiernel* (FN 2) 114.

24 ZB Pürgy (FN 16) ZTR 2012, 15; Katharina Pabel, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten am Beispiel des Betriebsanlagenehmigungsverfahrens, RdU 2013, 93 (97); Andreas Hauer, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts (2014) 33.

25 Erich Pürgy, Sachverständige im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in *Bußjäger/Gamper/Ranacher/Sonntag* (Hrsg.), Die neuen Landesverwaltungsgerichte (2013) 179 (197); identisch Pürgy (FN 1) ÖJZ 2014, 394.

### E. GUTACHTEN VON AMTSSACHVERSTÄNDIGEN KÖNNEN DURCH PRIVATGUTACHTEN ENTKRÄFTET WERDEN

Das ist wohl die häufigste Rechtfertigung<sup>26</sup> und natürlich ein zentraler Gesichtspunkt. Gibt es dann zwei Gutachten, ist eine Berücksichtigung der Stellung der jeweiligen Sachverständigen bei der Beweiswürdigung eher möglich. Doch auch hier fördert eine nähere Betrachtung Zweifel.

Eine erfolgreiche Widerlegung einer amtssachverständigen Äußerung erfordert nicht nur die bloße Möglichkeit, ein Gegengutachten zu erstatten, sondern eine Gleichbehandlung des amtlichen und des privaten Sachverständigen im gesamten Verfahren. Dass das nicht immer beachtet wird, zeigt der Fall *Bönisch*,<sup>27</sup> doch steht das Verfahrensrecht der VwG einer Gleichbehandlung nicht grundsätzlich im Weg;<sup>28</sup> auch und gerade bei der Beweiswürdigung gibt es keinen Vorrang des Amtssachverständigen.<sup>29</sup> Trotzdem bleiben Unterschiede;<sup>30</sup> So können Amtssachverständige von den Parteien nicht abgelehnt werden und verfügen über einen besseren Zugang zu behördlichen Informationen; ein Privatgutachten muss durch (in der Regel) Amtssachverständige überprüft werden;<sup>31</sup> das Umgekehrte gilt dagegen nicht. Auch wenn man von Sonderrechten wie der Betrauung mit einem selbständigen Augenschein oder der Befugnis zur Erteilung von Anordnungen zur Inbetriebnahme von Maschinen zu Prüfzwecken<sup>32</sup> absieht, bleiben die Amtssachverständigen eben die (nach § 52 Abs 1 AVG) primären und regulären, (wegen ihrer Bestellung durch das Gericht) die offiziellen und (wegen der Behandlung der von den Parteien beauftragten Experten als bloße Zeugen)<sup>33</sup> regelmäßig auch die einzigen „echten“ Sachverständigen des Verfahrens. Dieser Vorsprung<sup>34</sup> kann wohl nur in Ausnahmefällen und mit großem Aufwand eingeholt werden.

Dabei darf auch die finanzielle Seite nicht außer Acht gelassen werden. Privatgutachten müssen von der Partei bezahlt werden, die sie in Auftrag gegeben hat. Zumindest formal bewirkt das keine Ungleichbehandlung gegenüber der belangten Behörde, weil deren Rechtsträger den Amtssachverständigen ja ebenfalls (wenn auch nach anderen Sätzen) bezahlen muss; hier kann sich im Einzelfall allenfalls die Frage stellen, ob zu einem effektiven Rechtsschutz nicht Verfahrenshilfe erforderlich (und daher auch außerhalb des Verwaltungsstrafverfahrens gesetzlich vorzusehen) wäre. Das eigentliche Problem liegt in der Gleichbehandlung der *anderen* Parteien untereinander: Wenn keine Zweifel an der Neutralität der Amtssachverständigen bestehen, treffen die Kosten für Gegengutachten alle Parteien in gleicher Weise. Muss allerdings ein Privatgutachten gerade wegen solcher Zweifel zum Ausgleich möglicher Parteilichkeit der Amtssachverständigen (etwa zugunsten eines von der Verwaltung unterstützten Projekts) in Auftrag gegeben und extra bezahlt werden, wird eine Partei benachteiligt. Der Ausgleich durch Gegengutachten funktioniert also im Mehrparteienverfahren auch aus finanziellen Gründen nicht wirklich.

Wenn das so ist, und wenn die Unparteilichkeit und ihr Anschein Unabhängigkeit zur Voraussetzung haben, und wenn Amtssachverständige trotz ihrer fachlichen Weisungsfreiheit nicht unabhängig sind, und wenn dieser Mangel durch Gegengutachten nicht ausreichend kompensiert werden kann, warum sollten sie dann herangezogen werden dürfen?

### F. DIE VERWALTUNG VERFOLGT KEINE EIGENEN INTERESSEN

Die Verwaltung, so kann man lesen, ist keine normale Verfahrenspartei wie ein Privater. „Die Verwaltungsbehörde verfolgt [...] keine eigenen Interessen, sondern trachtet in ihrem Vollzugsbereich lediglich danach, dass das Gesetz im Einzelfall richtig angewendet wird.“<sup>35</sup> Also, darf man ergänzen, gibt es nichts zu befürchten, wenn Amtssachverständige im Interesse der Verwaltung als Partei handeln.

Dieses Argument ist, wenn man es als empirische Aussage betrachtet, offensichtlich falsch und richtig zugleich. Offensichtlich falsch ist es, weil es eine Fülle von Situationen gibt, in denen Verwaltungsbehörden durchaus spezifische Interessen haben: Manchmal möchten sie das eine öffentliche Interesse mehr als das andere fördern, die Sicherheit statt des Datenschutzes oder die Wirtschaftsentwicklung statt des Umweltschutzes. Manchmal wollen sie eigene Projekte verwirklichen oder solche, die sie gefördert haben. Manchmal haben sie finanzielle Interessen am Ausgang des Verfahrens, zB im Hinblick auf allfällige Amtshaftungsansprüche. Manchmal hat die Politik etwas angekündigt oder versprochen, was sich bei einem bestimmten Verfahrens-

26 ZB VwGH 7. 10. 2014, E 707/2014: „Darüber hinaus ist auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu verweisen, dass insoweit keine Verletzung des Art 6 EMRK zu erkennen ist, als dem Gutachten eines Amtssachverständigen im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 45 Abs 2 AVG) kein erhöhter Beweiswert zukommt und diesem unter anderem durch ein Gegengutachten auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten werden kann (vgl. EKMR 30.6.1992, Fall Zumtobel, Appl. 12.235/86, ZB7; vgl. auch VwGH 31.5.1999, 98/10/0008; 19.12.1996, 93/06/0229; in diesem Sinne auch Grabenwarter, *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1997, 649 f.); Thienel (FN 2) 116; Paulus (FN 5) ÖZK 2012, 152; Pürgy (FN 1) ÖJZ 2014, 394.

27 EGMR 5. 5. 1985, *Bönisch*, Rz 33: Anders als der Privatgutachter war der Amtssachverständige während der gesamten mündlichen Verhandlung anwesend, befragte den Beschuldigten und die Zeugen, darunter auch den Privatgutachter, und kommentierte ihre Äußerungen.

28 Davy (FN 2) ZfV 1986, 312 f.; Thienel (FN 2) 116 f.; Albin Larcher, *Das Verfahren vor dem LVG*, ZfV 2013, 8 (11); VwGH 31. 5. 1999, 98/10/0008.

29 § 17 VwGVG iVm § 45 AVG; dazu zB *Hengstschläger/Leob*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz II (2005) § 45 AVG Rz 12 mit Nachweisen der sRsp des VwGH.

30 Sehr anschaulich *Klaushofer* (FN 2) 47 ff.

31 ZB VwGH 25. 2. 2006, 2005/06/0147; 13. 6. 2012, 2012/06/0046.

32 § 55 Abs 1 AVG, 338 Abs 2 GewO.

33 ZB VwGH 11. 7. 2006, 2001/12/0194.

34 Die entsprechende Aussage des EGMR in *Bönisch*, Rz 33 („The expert) “was thereby formally invested with the function of neutral and impartial auxiliary of the court. By reason of this, his statements must have carried greater weight than those of an ‘expert witness’ called, as in the first proceedings, by the accused“), der sich auch der VwGH angeschlossen hat (Slg 10.701/1984: „Eine gleichwertige Gegenüberstellung zweier möglicherweise widersprechender Beweismittel würde dadurch nicht erreicht.“), kann man daher statt als Rechtsirrtum über Beweisregeln (so

*Davy* (FN 2) ZfV 1986, 312) auch als empirische Behauptung verstehen; deutlicher in diese Richtung zB EGMR 11. 12. 2008, *Shulepova*, Rz 62: “In ascertaining the expert’s procedural position and his role in the proceedings, one must not lose sight of the fact that the opinion given by a court-appointed expert is likely to carry significant weight in the court’s assessment of the issues within that expert’s competence“. Als solche ist sie keineswegs unplausibel. Ebenso *Klaushofer* (FN 2) 43, 44.

35 *Schiffkorn* (FN 14) ZVG 2014, 237. Ähnlich, aber vorsichtiger *Klaushofer* (FN 2) 48.

ausgang leichter einlösen lässt. Manchmal muss ein Exempel statuiert werden oder Anfängen gerichtlicher Abirrungen gewehrt werden. Manchmal wollen sich auch nur einzelne Verwaltungsbeamte keine Besserwisserie oder Einmischung in „ihre“ Agenden gefallen lassen.

Und doch ist das Argument von der Interesselosigkeit der Verwaltung auch richtig. Es gibt eine Vielzahl von Verfahren, deren Ausgang der belangten Behörde und ihrem Rechtsträger gleichgültig ist. Dazu gehören zB die meisten Verwaltungsstrafverfahren. Eine typische Einstellung dazu lautet so: Wenn ein Beschuldigter mit seiner Strafe nicht einverstanden ist, dann soll sich das VwG damit beschäftigen, und wenn es meint, sachverständige Äußerungen überprüfen zu müssen, dann soll es das eben tun und gegebenenfalls auch anders entscheiden. Für die Verwaltungsbehörde ist der Fall jedenfalls mit der Vorlage der Beschwerde erledigt, und eine Mitwirkung an der mündlichen Verhandlung kommt ihr nicht in den Sinn.

Es gibt also beides – großes Interesse und Gleichgültigkeit, und dazu noch alle möglichen Zwischenformen. Genau von dieser Situation hängt es nun meines Erachtens ab, ob Amtssachverständige des Rechtsträgers der belangten Behörde trotz ihrer fehlenden Unabhängigkeit herangezogen werden können oder nicht. Unabhängigkeit ist kein Selbstzweck, sondern ein Mittel zur Stärkung und Absicherung der Unparteilichkeit. Wenn kein Interesse der belangten Behörde oder ihres Rechtsträgers am Ausgang des Verfahrens erkennbar ist, dann bedarf die Unparteilichkeit der Sachverständigen keiner Absicherung durch Unabhängigkeit; hier reicht die Möglichkeit von privaten Gegengutachten, auch wenn sie keine volle Gleichstellung des Sachverständigen bewirken. Wenn jedoch solche Interessen bestehen oder naheliegen – und dabei kommt es auch auf den äußeren Anschein an – müssen Sachverständige auch unabhängig sein.

In solchen Situationen akzeptiert auch der – sonst nicht allzu strenge – EGMR keine Kompensation durch Gegengutachten: So hat er in zwei Fällen, in denen es um Schadenersatz wegen eines möglichen Fehlverhaltens von Ärzten ging, die Heranziehung von Kollegen dieser Ärzte aus demselben Krankenhaus als Sachverständige als Verstoß gegen das Fairnessgebot gewertet. Entscheidend dafür war zum einen, dass die Sachverständigen über ihre Kollegen urteilen sollten, zum anderen und vor allem, dass ihre Aussagen nachteilige Folgen für ihre Krankenhäuser haben konnten und die jeweilige Leitung bereits eine eindeutige Haltung zu der zu beurteilenden Frage eingenommen hatte.<sup>36</sup>

### III. SCHLUSSFOLGERUNGEN

▪ Amtssachverständige sind eine vernünftige Einrichtung. Sie sparen Kosten, machen dadurch den Rechtsschutz zugänglicher und erschließen das Wissen der Verwaltung auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das fällt besonders im Vergleich zur gängigen europarechtlichen Konstruktion auf, die – etwa bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, aber auch bei kleineren Projekten wie der Genehmigung von Seilbahnen – die Last der Gutachtenserstellung auf die Projektwerber verschiebt. Das macht die Verfahren für sie teuer, zum Teil nur mehr größeren Unternehmen zugänglich, und es bringt den genehmigenden Staat in eine Zwickmühle: Entweder muss er auf die Gutachter der Antragsteller vertrauen oder genug eigenen Sachverstand engagieren oder vorhalten, um ihre Aussage überprüfen zu können, und daher auf die Einsparungseffekte durch die Lastenverschiebung verzichten.<sup>37</sup> Daher spricht viel für die grundsätzliche Beibehaltung der Amtssachverständigen auch in verwaltungsgerichtlichen Verfahren – wenn deren Fairness nicht darunter leidet.

▪ Die Übersicht über die Argumente gibt Anlass, sich zunächst des Standards für Fairness zu vergewissern: Geht es um Waffengleichheit oder Unparteilichkeit (und Unabhängigkeit als ihre Voraussetzung)? Die Weisungsfreiheit ist ein Argument für Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, die Möglichkeit von Gegengutachten eines für Waffengleichheit. Beide Anforderungen spielen auch in der Rechtsprechung des EGMR eine zentrale Rolle, allerdings in einer schwer durchschaubaren Form. Hier ist eine typische Passage aus einer einschlägigen Entscheidung:

“The Court reiterates that the requirements of impartiality and independence enshrined in Article 6 of the Convention only refer to the tribunal called upon to determine the criminal charges against the accused and do not apply [...] to experts. However, the position occupied by the experts throughout the proceedings and the manner in which they performed their functions is relevant in assessing whether the principle of equality of arms has been complied with (see *Brandstetter v. Austria*, judgment of 28 August 1991, Series A no. 211, p. 25, § 59). On this point, it is to be recalled that by virtue of their functions as neutral and impartial auxiliaries of the court,

the Netherlands (dec.) no. 21491/93, 29 November 1995; and Wolfgang Blum and Klaus Ignaz Jacobi v. Austria (dec.) no. 28527/95 of 18 November 1995) [...] Furthermore, while the doctors in question were not assigned to the hospital department where the disputed events had taken place, their hierarchical superior, the Chief Medical Executive, had taken a clear stance against the District Court's judgment by endorsing critical statements (see paragraph 12 above) by two hospital doctors that were forwarded to the Solicitor General and annexed to the State's appeal to the Supreme Court (see, mutatis mutandis, *Sramek v. Austria*, judgment of 22 October 1984, Series A no. 84, pp. 19-20, §§ 41-42, relating to the independence of civil servant members of a tribunal in a subordinate position vis-à-vis one of the parties).” EGMR 11. 12. 2008, *Shulepova*, Rz 65: “Given that the hospital's representative had clearly expressed the hospital's position that the medical findings in the applicant's case had been correct and that the applicant's claims had been unfounded, the applicant's apprehension as to the experts' neutrality can be considered as objectively justified.”

37 Vgl. auch VfGH 2. 10. 2013, G 118/2012 = Slg 19.804/2012, und *Altnerberger/Netzer*, Die Aufhebung der Richtigkeitsvermutung in § 31a EISBG, ZfV 2014, 743.

36 EGMR 5- 7. 2007, *Sara Lind Eggertsdottir*, Rz 51 f: “It is also to be noted that the issue to be determined in the relevant proceedings before the Supreme Court was whether the State was liable to pay compensation on account of medical negligence in connection with the applicant's birth at the very hospital where the four members were employed, the NUH. Their task was not simply to give an expert opinion on any given subject that might or might not differ from an opinion previously stated by their colleagues and the management at the NUH on the same subject. In preparing the SMLB's expert opinion for the Supreme Court, the four members in question were called upon to do something more intricate, namely to analyse and assess the performance of their colleagues at the NUH with the aim of assisting the Supreme Court in determining the question of their employer's liability. Therefore, the Court is unable to share the Government's view that this was merely a question of experts being employed by the same administrative authority as that involved in the case (see *Borrišich*, cited above, § 32; cf. *Brandstetter*, cited above, p. 21, §§ 44-45; *Zumtobel v. Austria*, Commission's report of 30 June 1992, § 86, ECHR Series A no. 268-A; *Beleggings- en Beheersmaatschappij Indiana B.V. v.*

the statements of court appointed experts might have carried greater weight than those of an expert witness' called by the accused (see *Bönisch v. Austria*, judgment of 6 May 1985, Series A no. 92, p. 16, § 33, and *Emmanuelo v. Italy* (Dec.), no. 35791/97, 31 August 1999).<sup>38</sup>

Sieht man Unparteilichkeit und Waffengleichheit als zwei alternative Möglichkeiten zur Einbeziehung von Sachverständigen in das Verfahren – nach einem kontradiktorischen Modell, in dem beide Parteien „ihre“ eben „parteilichen“ Sachverständigen nominieren und sich dann das Gericht ein Bild aus ihren Aussagen macht, oder nach dem amtswegigen Modell, in dem das Gericht eigene neutrale Sachverständige bestellt,<sup>39</sup> – dann geben diese drei Sätze Rätsel auf: Die Anforderungen der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit gelten nicht für Sachverständige. Können sie also parteilich und abhängig sein? Wenn sie parteilich und abhängig sein dürfen, warum haben sie dann eine Funktion als neutrale und unparteiliche Hilfsorgane des Gerichts? Zwischen wem soll Waffengleichheit herrschen: nicht etwa zwischen den Parteien, sondern zwischen den neutralen und unparteilichen Hilfsorganen des Gerichts und den Privatsachverständigen einer Partei?<sup>40</sup>

Dem Gedankengang des EGMR wird man eher gerecht, wenn man das Gebot der Waffengleichheit zwischen den Parteien zum Ausgangspunkt nimmt und die Unparteilichkeit der Sachverständigen als ein Mittel zu ihrer Sicherung betrachtet.<sup>41</sup> Sachverständige müssen daher nicht von vornherein unabhängig und unparteilich sein. Wenn sie aber vom Gericht bestellt werden und auf diese Weise eine privilegierte Position erhalten, die nicht durch andere Mechanismen ausgeglichen werden kann, dann verlangt die Waffengleichheit ihre Unparteilichkeit.

Im Ergebnis laufen beide Betrachtungsweisen somit auf dasselbe hinaus: Amtssachverständige müssen grundsätzlich unparteilich sein, und es darf auch keinen berechtigten Zweifel daran geben.<sup>42</sup>

- Um zu erklären, dass Amtssachverständige diese Anforderung erfüllen, betonen Rechtsprechung und Lehre die fachliche Weisungsfreiheit der Amtssachverständigen und die Möglichkeit zum Ausgleich von möglicher Parteilichkeit durch Gegengutachten. Beide Argumente können meines Erachtens nicht überzeugen, weil sie zu viel Wirklichkeit ausblenden: andere Einflüsse und Motive als Weisungen, die die Unparteilichkeit der Amtssachverständigen beeinträchtigen können; die faktische Dominanz der Amtssachverständigen, die sich schon durch ihre gerichtliche Bestellung ergibt; die Schwierigkeiten eines Ausgleichs, vom

gerichtlichen Absehen von Vorrechten über Informationsdefizite der privaten Gutachter bis zum finanziellen Aufwand der benachteiligten Partei. Bezieht man diese Umstände ein, sind Amtssachverständige nicht unabhängig, und soweit sich daraus ein Anschein von Parteilichkeit ergibt, kann er nach dem System des AVG im Regelfall auch nicht ausgeglichen werden.

- Dass Amtssachverständige, die sonst für den Beschwerdegänger des konkreten Verfahrens arbeiten, in vielen Fällen trotzdem bestellt werden können, lässt sich nicht mit ihrer rechtlichen oder faktischen Stellung, sondern mit der Eigenheit ihres Dienstherrn rechtfertigen. Anders als Private will die Verwaltung vor dem VfGH nicht immer gewinnen. Sie kann auch einsichtsvoll, lernwillig, dankbar für die Disziplinierung ihrer schwarzen Schafe oder schlicht gleichgültig sein. Wenn die Verwaltung keine eigenen Interessen verfolgt, kann auch ihre Abhängigkeit Amtssachverständige nicht von einer unparteilichen Beurteilung ablenken. Der Anschein der Befangenheit entfällt dann.
- Freilich ist das nicht immer der Fall. Wenn Rechtsträger oder Vorgesetzte von Amtssachverständigen ein Interesse am Ausgang des Verfahrens haben, sind die Amtssachverständigen tatsächlich „strukturell“ befangen. Der VfGH hat also recht, wenn er verlangt, dass das VfGH „stets nach den Umständen des Einzelfalls mit der gebotenen Sorgfalt zu untersuchen und zu beurteilen hat“, ob „ein Amtssachverständiger unbefangen“ ist. Nur sollte es nicht nur darum gehen, ob der Amtssachverständige „tatsächlich unabhängig von der Verwaltungsbehörde ist, deren Bescheid beim VfGH angefochten wird“,<sup>43</sup> denn das wird regelmäßig zu verneinen sein, sondern vor allem um die Frage, ob die Verwaltungsbehörde ein erkennbares Interesse am Ausgang des Falles hat.
- Trifft das zu, stehen Amtssachverständige auch nicht nach § 52 Abs 1 AVG zur Verfügung. Nach dem AVG müsste das Gericht dann nichtamtliche Sachverständige bestellen. Da nichtamtliche Sachverständige nicht immer leicht zu finden und zu bezahlen sind und manchmal auch eigene Probleme der Unparteilichkeit aufwerfen, sollte man für solche Situationen Ausweichmöglichkeiten schaffen. Zum einen könnte man in manchen Bereichen Amtssachverständige statt der Verwaltung den VfGH begeben; das BVerwG ist vermutlich groß genug, um sie ausreichend zu beschäftigen. Zum anderen könnte man den VfGH erleichtern, unabhängig von dem umstrittenen Amtshilfe<sup>44</sup> auf Amtssachverständige andere Rechtsträger als desjenigen der belangten Behörde zuzugreifen. Bund und Länder könnten sich zB über eine Vereinbarung nach Art 15a B-VG Amtssachverständige wechselseitig zur Verfügung stellen; Voraussetzung dafür wäre eine Einigung zum Kostenersatz<sup>45</sup> und eine Klärung der Frage, welche Rechtsträger für ihre Fehlleistungen im Rahmen der Amtshaftung einstehen müsste. Beide Mechanismen würden die Wahlmöglichkeiten der VfGH vergrößern und damit erlauben

38 EGMR 27. 9. 2005, 16631/04, *Zarb*, Rz 1.

39 So ansatzweise VfSlg 10.701/1984 und dann *Davy* (FN 2) ZfV 1986, 313 f.

40 Ähnliche Fragen stellen sich zur Zusammenfassung dieser Rsp durch *Purgy* (FN 1) ÖJZ 2014, 394: „So gilt für SV der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit nicht; der EGMR hat jedoch ausgesprochen, dass es erforderlich sein kann, die Rolle von SV in einem gerichtlichen Verfahren nach Maßgabe der Waffengleichheit zu beurteilen. Im vorliegenden Zusammenhang ist weiter von Bedeutung, dass es bei der Beurteilung der Unabhängigkeit nicht nur um objektive Gegebenheiten geht, sondern auch um den äußeren Anschein.“ Warum soll die Unabhängigkeit in bestimmter Weise beurteilt werden, wenn sie nicht gilt?

41 In diese Richtung wohl *Kikushofer* (FN 2) 41 ff.

42 VfGH 7. 10. 2014, E 707/2014.

43 VfGH 7. 10. 2014, E 707/2014.

44 Dazu zB *Purgy* (FN 25), *Breitenlechner* (FN 1) 196 mwN.

45 Zu diesem Problem *Bußjäger/Kraft* (FN 13) ZfV 1999, 23.

die Vorteile der Amtssachverständigen ohne Einbußen bei der Unparteilichkeit zu wahren.<sup>46</sup>

- Bei all dem sollten wir aber nicht vergessen, dass es nicht nur um die Auswahl der Sachverständigen geht. Amtssachverständige müssen auch nach ihrer Bestellung unparteilich bleiben. Darauf müssen die VwG ebenfalls achten, und das ist nicht immer eine einfache Aufgabe, vor allem wenn sich unparteiliche Amtssachverständige mit offensichtlich parteilichen Privatsachverständigen auseinandersetzen müssen.

- Insgesamt geht es auch um das Einüben eines entsprechenden Habitus bei allen Beteiligten. Wir brauchen Respekt und Distanz, nicht nur, aber auch im fremden Land verwaltungsgerechter Verfahren.

<sup>46</sup> Ob organisatorische Verselbständigungen des Sachverständigendienstes innerhalb der Gebietskörperschaften oder Ausgliederungen – dazu *Bußjäger/Krütt* (FN 13) ZfV 1999, 12; *Zellenberg* (FN 15) Rz 3.026 ff – helfen, hängt davon ab, inwieweit die Amtssachverständigen dadurch dem Einfluss des Ruchsträgers der belangten Behörde entzogen werden; jedenfalls haben sie auch in verselbständigten Einheiten Vorgesetzte, die Interessen am Ausgang des Falls haben können.



#### Der Autor:

Univ.-Prof. Dr. **Franz Merli**  
Abteilung für Europäisches Öffentliches Recht und  
Wirtschaftsrecht  
Universität Graz  
Universitätsstraße 15/D3  
A-8010 Graz

✉ [franz.merli@uni-graz.at](mailto:franz.merli@uni-graz.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Merli/Franz](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Merli/Franz)

Foto privat

Benjamin Kneihls

# Der Subsidiarantrag auf Verordnungs- und Gesetzeskontrolle

## Verfassungsrechtliche Vorgaben und einfach-gesetzliche Umsetzung

» ZfV 2015/5

So umstritten die Einführung der Gesetzesbeschwerde im Vorfeld war, so still war es um sie, seit sie vom Nationalrat am 13. Juni 2013 endlich doch beschlossen wurde. Inzwischen ist auch die einfach-gesetzliche Umsetzung im VfGG und in den betroffenen Gerichtsverfahrensgesetzen in Kraft; dies nimmt der vorliegende Beitrag zum Anlass, den verfassungsgesetzlichen Vorgaben für den Subsidiarantrag und ihrer Einlösung im einfachen Recht nachzugehen.

- » **Deskriptoren:** Gerichtsverfahren; Gesetzesprüfung; Normenkontrolle; Verordnungsprüfung.
- » **Rechtsquellen:** Art 89, 139, 140 B-VG; §§ 57a, 58, 62a, 63 VfGG; § 528 ZPO; § 80a AußStrG; § 285 ff StPO.

### I. Vorgeschichte

### II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

- A. Art 139 Abs 1 und Art 140 Abs 1 B-VG
- B. Art 139 Abs 1a und Art 140 Abs 1a B-VG
- C. Art 139 Abs 1b und Art 140 Abs 1b B-VG
- D. Art 139 Abs 3 und Art 140 Abs 3 B-VG
- E. Art 139 Abs 7 und Art 140 Abs 8 B-VG

### III. Die Parlamentarische Entschließung vom 13. Juni 2013

### IV. Einfach-gesetzliche Umsetzung

- A. Verfassungsgerichtshofgesetz
- B. Zivilprozessordnung
- C. Außerstreitgesetz
- D. Strafprozessordnung

### V. Zweifelsfragen

- A. „Entschiedene Rechtssache“
- B. „Rechtsmittel“
- C. „Gleichzeitig“