

Verfahrens- und Gutachtensmängel und ihre Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit von Bescheiden*

Das Thema des vorliegenden Artikels ist ein sehr praxisorientierter Fragenbereich, kommt es doch in vielen klassischen Verwaltungsverfahren zu Konstellationen, in denen sich eine Behörde eines Sachverständigen bedienen muss. Immer wieder kann es dabei zu mehr oder weniger gravierenden Fehlern kommen, die im schlimmsten Fall dazu führen, dass der Endbescheid (oder ein Zwischenbescheid) im Instanzenzug oder aber durch den VwGH aufgehoben werden muss.

Diese Fehlerquellen können nun zum einen in der Person des beigezogenen Sachverständigen liegen, zum anderen aber auch in dem von ihm zu erstattenden Gutachten. Zuerst möchte ich daher auf die Person des Sachverständigen und seine Rolle im Verfahren eingehen, dann auf das Gutachten und dessen Verwertung durch die Behörde.

Das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG), das die verfahrensrechtliche Grundlage der meisten behördlichen Verfahren ist, kennt bestimmte „klassische“ Beweismittel. Es nennt die Urkunden (§ 47 AVG), die Zeugen (§§ 48 ff AVG), die Beteiligtenvernehmung (§ 51 AVG) und in den §§ 52 ff AVG die Sachverständigen.

Darüber hinaus kommt alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist (§ 46 AVG – sonstige Beweismittel). Ein Sachverständiger ist also nach dem AVG ein Beweismittel. Wie alle Beweismittel stellt er daher – vom Verfahrensablauf aus gesehen – einen Bestandteil des behördlichen Ermittlungsverfahrens dar; aufgrund der Wichtigkeit seiner Aussagen für das Verfahrensergebnis gestaltet er – direkt oder indirekt – oft maßgeblich den Inhalt eines Bescheides.

Vorweg ist auch darauf hinzuweisen, dass Verfahrensmängel, die der Behörde erster Instanz unterlaufen, in der Regel durch ein mängelfreies Verfahren der Behörde zweiter Instanz saniert werden können. Ist die Verfahrensverletzung aber der letztinstanzlichen Behörde zuzurechnen, so führt dies dann zu einer Aufhebung des Bescheides durch den mit Beschwerde angerufenen VwGH, wenn diesem Verfahrensmangel Relevanz in Bezug auf das Verfahrensergebnis zukommt.

1. Zur Person eines Sachverständigen

1.1. „Arten“ von Sachverständigen

Sachverständige sind Menschen, das heißt physische Personen. Juristische Personen (also GmbHs, AGs etc) oder Gesellschaften bürgerlichen Rechts etc können ebenso wenig Sachverständige sein wie die hinter den Amtssachverständigen stehenden Behörden. Dies ergibt sich schon daraus, dass eine strafrechtlich sanktionierte Wahrheitspflicht nur natürliche Personen treffen kann¹ und dass nur diese im Sinne des § 53 Abs 1 AVG nach § 7 AVG befangen sein können.

Sogenannten Anstaltsgutachten, das heißt fachliche Stellungnahmen, die nicht einem oder mehreren bestimmten Menschen, sondern einer juristischen Person zugerechnet werden können, dürfen daher nicht nach § 52 AVG als Gutachten, sondern nur als „sonstiges Beweismittel“ herangezogen werden.² Die Betrauung von Institutionen mit der Erstellung von Gutachten ist daher die Ausnahme und nur dort zulässig, wenn dies in den Verwaltungsvorschriften vorgesehen ist.³

Hingegen ist es zulässig, wenn ein Gutachten von mehreren bestimmten Menschen gemeinsam erstellt wird; dies stellt kein Hindernis für seine Verwertung als Gutachten im Sinne des § 52 AVG dar.⁴ Daher können Gutachten auch durch eine Personengemeinschaft oder eine Kommission (zB Ortsbildpflegekommission) erstattet werden, weil sie immer Gutachten der dahinter stehenden einzelnen Menschen bleiben. Natürlich kann die Behörde in einem Verfahren mehrere Personen parallel oder arbeitsteilig als Sachverständige beiziehen.⁵

Manchmal wird ein Gutachten von einem Sachverständigen erstellt und von einem anderen Sachverständigen approbiert. Wem ist es dann zuzurechnen? Wer trägt nach außen hin die Verantwortung?

Der VwGH hat hier stets die Ansicht vertreten, dass Amtssachverständiger und damit auch für die Richtigkeit des Gutachtens allein Verantwortlicher und in Ausübung dieser Funktion unter strafrechtlich sanktionierter Wahrheits-

* Der vorliegende Artikel stellt das Manuskript des Vortrages dar, den die Verfasserin am 19. 1. 2011 im Rahmen der Veranstaltung „Bauwesen für Sachverständige und Juristen – Spezielles aus Recht und Praxis“ gehalten hat.

pfligt⁶ stehend, gegen die im Hinblick auf Art 20 B-VG das Weisungsrecht nicht durchzudringen vermag,⁷ der Beamte ist, der das Gutachten approbiert; in seiner Person müssen die entsprechenden Qualifikationen vorliegen.⁸

Im Verwaltungsverfahren gibt es drei Arten von Sachverständigen. Zum einen den **Amtssachverständigen**, der der Behörde beigegeben ist oder ihr zur Verfügung steht, der also sozusagen den behördlichen Sachverstand darstellt. Es gibt aber nicht für alle technischen Bereiche Amtssachverständige. In solchen Fällen kann die Behörde (unter bestimmten Voraussetzungen) **nichtamtliche Sachverständige**, meist aus der Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen, mit Bescheid bestellen. Und dann können natürlich alle Parteien des Verfahrens auf eigene Kosten Gutachten von Sachverständigen beibringen und der Behörde vorlegen; man spricht von sogenannten **Privatsachverständigen**.

Die entscheidende Bestimmung des AVG ist hier in § 52 („Sachverständige“) zu finden. Dort heißt es:

„§ 52. (1) Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig, so sind die der Behörde beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen (Amtssachverständige) beizuziehen.

(2) Wenn Amtssachverständige nicht zur Verfügung stehen oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten ist, kann die Behörde aber ausnahmsweise andere geeignete Personen als Sachverständige (nichtamtliche Sachverständige) heranziehen.

(3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, so kann die Behörde dennoch nichtamtliche Sachverständige heranziehen, wenn davon eine wesentliche Beschleunigung des Verfahrens zu erwarten ist. Die Heranziehung ist jedoch nur zulässig, wenn sie von demjenigen, über dessen Ansuchen das Verfahren eingeleitet wurde, angeregt wird und die daraus entstehenden Kosten einen von dieser Partei bestimmten Betrag voraussichtlich nicht überschreiten.“

Aus dem Gesetz ergibt sich somit ganz klar, dass in erster Linie Amtssachverständige zu bestellen sind. Dieser Primat der Amtssachverständigen lässt sich insbesondere damit begründen, dass die Parteien vor den Kosten, die mit der Bestellung eines nichtamtlichen Sachverständigen verbunden sind und die in der Regel die Parteien des Verfahrens (meist der Antragsteller) zu tragen haben, geschützt werden sollen.

Wann ist nun ein Sachverständiger ein Amtssachverständiger?

Nach § 52 Abs 1 AVG dann, wenn er der Behörde beigegeben ist oder zur Verfügung steht. Er ist daher ein zur Begutachtung von Fachfragen dauernd bestellter Organwalter.⁹ Für die Stellung als Amtssachverständiger ist die dienstrechtliche Stellung des Betroffenen nicht von Bedeutung,¹⁰ auch nicht, ob er Beamter oder Vertragsbediensteter ist, oder ob er (zusätzlich) in die Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen eingetragen ist.¹¹

Ein Sachverständiger ist dann im Sinne des § 52 AVG „beigegeben“, wenn er (wie zB der Gemeindefacharzt oder die Referenten einer Fachabteilung in einem Ministerium) organisatorisch in die Behörde eingegliedert ist. Es sind fachkundige Personen, die einem Hilfsapparat (zB Magistrat, Amt der Landesregierung) der entscheidenden Behörde angehören.

Die Wendung „zur Verfügung stehen“ bedeutet, dass der Sachverständige zu einer anderen als der zur Entscheidung berufenen Behörde organisatorisch zugehört.¹² Dazu genügt es nicht, wenn der Betreffende in die Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen eingetragen ist; er muss in einer Behördenstruktur eingegliedert sein. Es kann auch nicht irgendeine Behörde sein, sondern – wie in der Formulierung „zur Verfügung steht“ zum Ausdruck kommt – muss es der zur Entscheidung berufenen Behörde möglich sein, sich des Amtssachverständigen der anderen Behörde zu bedienen. Zwischen diesen Behörden muss also ein bestimmtes Naheverhältnis, wie zB zwischen Oberbehörde und Unterbehörde, bestehen. Daher scheidet die Beiziehung eines Sachverständigen eines anderen Bundeslandes als Amtssachverständiger in Angelegenheiten der Landesverwaltung von vornherein aus.

Der VwGH hat aber im Bereich der Gemeindeverwaltung von dieser engen Sichtweise aus Praktikabilitätsgründen eine Ausnahme gemacht. Hier vertritt er die Ansicht, dass die Sachverständigen, die der Landesregierung oder der Bezirkshauptmannschaft beigegeben sind, den davon organisatorisch verschiedenen Gemeindebehörden nicht nur im übertragenen Wirkungsbereich, sondern auch im eigenen Wirkungsbereich „zur Verfügung stehen“.¹³

Eher weit hat der VwGH diesen Begriff auch im Erkenntnis vom 23. 1. 2002, 2001/07/0139, gesehen, als er aussprach, dass die Bediensteten des Umweltbundesamtes, deren Aufgabe die Erstellung von Gutachten für den Bund ist, dem BMLFUW als Sachverständige „zur Verfügung stehen“, obwohl dem Umweltbundesamt eigene Rechtspersönlichkeit zukommt.

§ 52 Abs 2 AVG sieht die Bestellung von nichtamtlichen Sachverständigen unter bestimmten Voraussetzungen vor; § 52 Abs 3 AVG, der durch die Novelle 1995 ins AVG kam, erweiterte diese Ausnahme.

Nichtamtliche Sachverständige dürfen durch die Behörde nur dann bestellt werden, wenn es entweder keinen Amtssachverständigen auf diesem Gebiet gibt oder wenn „die Besonderheit des Falles“ es gebietet. § 52 Abs 3 AVG sieht eine weitere Ausnahme vor, wenn davon eine wesentliche Beschleunigung des Verfahrens zu erwarten ist und wenn sie von demjenigen, über dessen Ansuchen das Verfahren eingeleitet wurde, angeregt wird und die daraus entstehenden Kosten einen von dieser Partei bestimmten Betrag voraussichtlich nicht überschreiten. Damit ist bereits der Aspekt angesprochen, der – für die Parteien des Verfahrens spürbar – bei der Bestellung nichtamtlicher Sachverständiger einen wesentlichen Unterschied ausmacht.

Nichtamtliche Sachverständige kosten nämlich Geld, das heißt, in der Regel muss derjenige, der das Verfahren veranlasst hat, für diese Kosten aufkommen. Es ist daher eigentlich vor allem im Interesse der Partei, dass Amtssachverständige und nicht nichtamtliche Sachverständige bestellt werden.

§ 52 Abs 2 AVG nennt als eine mögliche Voraussetzung den Fall, dass kein Amtssachverständiger zur Verfügung steht. Das ist klar umschrieben. Gibt es keinen, dann muss die Behörde auf andere Sachverständige ausweichen.

Etwas vager ist der zweite Fall, in dem die Bestellung nichtamtlicher Sachverständiger in Frage kommt, nämlich wenn es die „Besonderheit des Falles“ gebietet. Das kann zB dann der Fall sein, wenn die vorhandenen Amtssachverständigen total überlastet sind und das Gutachten erst in einem Jahr erstellen könnten oder wenn der einzige vorhandene Amtssachverständige befangen ist etc. Die Mitwirkung eines (vorhandenen) Amtssachverständigen hat daher zu unterbleiben, wenn dies nach sachlichen Kriterien untunlich ist.

Ein häufiges Beispiel für die „Rücksicht auf die Besonderheit des Falles“ ist bei der Erstellung eines Gutachtens über die Störwirkung eines Baues auf das Ortsbild die Heranziehung desjenigen Raumplaners als nichtamtlichen Sachverständigen, der mit der Erstellung der Grundlagen für die Bebauungsrichtlinien im Ortskern beauftragt war und über eine besondere Kenntnis des räumlichen Entwicklungskonzepts verfügte. Die Heranziehung des nichtamtlichen Sachverständigen zur Klärung der genannten Frage gründet sich daher durchaus auf die Besonderheit des Falles bzw auf die besondere Kenntnis des Raumplaners, der zur Beurteilung dieser Frage geradezu prädestiniert erscheint.¹⁴

Die Umstände, die zur Annahme führen, der Behörde stehe kein Amtssachverständiger zur Verfügung, müssen in der Begründung des Bescheides ausgeführt und im Verwaltungsakt überprüfbar festgehalten werden, das heißt, die diesbezügliche Bescheidbegründung muss durch einen Aktenvorgang überprüfbar sein,¹⁵ zB durch einen Aktenvermerk über ein Telefonat.

Die Voraussetzungen des § 52 Abs 3 AVG sind (trotz der verunglückten Legistik im Verhältnis der Abs 2 und 3) meines Erachtens klar umschrieben und hier wird die Verpflichtung zur Kostentragung auch klar angesprochen. Allerdings kommt eine auf diese Bestimmung gestützte Bestellung von nichtamtlichen Sachverständigen äußerst selten vor.

Natürlich müssen auch nichtamtliche Sachverständige fachkundig sein. Darauf, ob ein Sachverständiger für ein bestimmtes Fachgebiet in die Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen eingetragen ist, kommt es nicht an, weil das Gesetz eine solche Eintragung nicht voraussetzt. Er kann dennoch als nichtamtlicher Sachverständiger bestellt werden (zB ein Universitätsprofessor). Entscheidend ist die Fachkunde, die auch ein nichtamtlicher Sachverständiger haben muss.

Die dritte Art der Sachverständigen sind die Privatsachverständigen, die eine Partei auf eigene Kosten bestellt. Ihre Gutachten stellen ebenfalls Beweismittel im Verfahren dar und sind daher von der Behörde zu beachten. Die Kosten für die Privatgutachten fallen der Partei zur Last, die sie beauftragt hat, und nicht der Partei, die letztendlich das Verfahren „gewinnt“. Im Verwaltungsverfahren gilt nämlich allgemein der Grundsatz, dass jeder seine im Verfahren erwachsenen Kosten selbst trägt. Nur in Sonderfällen können diese Kosten auf die gegnerische Partei überwält werden.

1.2. Bestellung von Sachverständigen

Amtssachverständige sind – im Gegensatz zu den nichtamtlichen Sachverständigen – nicht in jedem einzelnen Fall speziell zu bestellen. Ihre Beziehung stellt gegenüber den Parteien des Verfahrens eine bloße Verfahrensordnung dar. Der Amtssachverständige hat keinen Anspruch auf Gebühren oder Ersatz für die Gutachtenserstellung. Sein Gehalt ist sein Arbeitslohn.

Bei nichtamtlichen Sachverständigen ist es ein wenig komplizierter. Diese Sachverständigen werden bestellt. Dieser Akt besteht aus zwei Seiten: Gegenüber den Verfahrensparteien ist die Bestellung des nichtamtlichen Sachverständigen eine nicht selbständige anfechtbare Verfahrensordnung. Dem nichtamtlichen Sachverständigen gegenüber hat die Bestellung aber den Charakter eines verfahrensrechtlichen Bescheides.

Nach § 52 Abs 4 Satz 2 AVG sind nichtamtliche Sachverständige zu beeiden, wenn sie nicht schon für die Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art im Allgemeinen beeidet sind. Im AVG finden sich keine Vorschriften über die Durchführung von Beeidungen, sodass § 5 Abs 1 SDG sinngemäß anzuwenden ist. Die Bestellung und nicht erst die Beeidigung macht die Person zum nichtamtlichen Sachverständigen.

1.3. Befangenheit und Ablehnungsrecht

Die Namen und das Fach der Amtssachverständigen sind den Parteien über ihr Verlangen bekannt zu geben. Bei nichtamtlichen Sachverständigen genauso. Die Verfahrensparteien können ja nur so beurteilen, ob ein unbefangener und ausreichend befähigter Sachverständiger auftritt.

Hier kommt die Bestimmung des § 53 AVG ins Spiel:

„§ 53. (1) Auf Amtssachverständige ist § 7 anzuwenden. Andere Sachverständige sind ausgeschlossen, wenn einer der Gründe des § 7 Abs. 1 Z 1, 2 und 4 zutrifft; außerdem können sie von einer Partei abgelehnt werden, wenn diese Umstände glaubhaft macht, die die Unbefangenheit oder Fachkunde des Sachverständigen in Zweifel stellen. Die Ablehnung kann vor der Vernehmung des Sachverständigen, später aber nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines für sie unüberwindbaren Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte.“

(2) *Über den Ablehnungsantrag entscheidet die Behörde endgültig.*“

Die Behörde hat eine mögliche Befangenheit eines Sachverständigen schon bei bzw. vor der Bestellung zu beachten. Manchmal kann die Behörde aber allfällige Befangenheitsgründe gar nicht kennen. Sachverständige müssen – wie andere Verwaltungsorgane – beachten, dass sie nicht in Angelegenheiten tätig werden, wo sie selbst oder ihre Angehörigen beteiligt sind. Sie müssen sich auch dann für befangen erklären, wenn sonstige wichtige Gründe vorliegen, die geeignet sind, ihre volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen (zB in einer Angelegenheit, wo ein guter Freund beteiligt ist).

Nach der vor allem vom EGMR entwickelten Rechtsprechung kommt es aber zunehmend nicht nur darauf an, ob sich der Sachverständige selbst für befangen erachtet, sondern darauf, dass auch nicht nach außen hin der Eindruck der Befangenheit entsteht. Es soll also auch nicht der Anschein der Befangenheit erweckt werden. Hier ist zunehmend eine erhöhte Sensibilität gefordert; solche Situationen sollten möglichst vermieden werden.

Amtssachverständige können von einer Verfahrenspartei nicht abgelehnt werden. Wenn eine Partei Bedenken gegen die Unbefangenheit oder Fachkunde eines Amtssachverständigen hat, kann sie das natürlich im Verfahren vorbringen und die Behörde muss sich damit befassen und in der Bescheidbegründung darauf eingehen, wenn sie den Einwänden nicht glaubt und nicht durch Bestellung eines anderen Sachverständigen Folge leistet. Ein formelles Ablehnungsrecht ist im Gesetz nicht vorgesehen. Jede Partei kann aber die behauptete Befangenheit bzw. mangelnde Fachkunde in der Berufung gegen den verfahrensabschließenden Bescheid vorbringen. Das heißt, dass die Behörde diese Einwände ernst nehmen muss, aber nicht am zügigen Weiterführen ihres Verfahrens gehindert ist.

Anders sieht es – aber nur auf dem ersten Blick – bei nichtamtlichen Sachverständigen aus. Diese können von einer Partei abgelehnt werden, wenn diese Umstände glaubhaft macht, die die Unbefangenheit oder Fachkunde des Sachverständigen in Zweifel ziehen. Allerdings ist die Ablehnung nur vor der Vernehmung des nichtamtlichen Sachverständigen zulässig. Später ist das nur zulässig, wenn die Partei glaubhaft macht, dass ihr vorher die Befangenheit oder mangelnde fachliche Fähigkeit des nichtamtlichen Sachverständigen nicht bekannt war.

Allerdings bekommt die Partei als Folge eines Ablehnungsantrages keinen Bescheid. Die Behörde entscheidet mit bloßer Verfahrensordnung, die erst mit der Endentscheidung (Bescheid) angefochten werden kann. Die Partei muss daher – wenn die Behörde dem Ablehnungsantrag nicht folgt – auch in diesem Fall bis zur endgültigen Entscheidung in der Sache zuwarten, bevor sie „etwas dagegen tun“ (das heißt, ein Rechtsmittel erheben) kann. In dieser Entscheidung muss sich die Behörde natürlich auch mit dem Ablehnungsantrag inhaltlich auseinandersetzen.

Hintergrund dieser Konstruktionen ist die Vermeidung von Verschleppungsmöglichkeiten bei gleichzeitiger Wahrung von ausreichendem Rechtsschutz.

1.4. Fachkunde

Sachverständige müssen fachkundig sein. Als Grundsatz gilt, dass nur eine Person zum Sachverständigen bestellt werden darf, die über jene besondere Fachkunde (fachliche Befähigung) – manchmal auch: über jene technischen Geräte – verfügt, welche die Einholung des Gutachtens notwendig macht.¹⁶ Entscheidend ist das im Materiengesetz vorgesehene Qualifikationserfordernis, also zB hochbautechnischer Sachverstand.¹⁷

1.5. Fehler und Folgen

Bei den vorgenannten behördlichen Akten kann es natürlich in unterschiedlicher Form zu Fehlern und Irrtümern kommen. Welche Folgen zieht dies nach sich?

1.5.1. Falsche „Art“ des Sachverständigen: Die Behörde bestellt einen nichtamtlichen Sachverständigen, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorlagen.

Damit werden Verfahrensvorschriften verletzt, das ist offenkundig. Kann man aber immer sagen, dass es sich um eine wesentliche Verletzung von Verfahrensvorschriften handelt, die zur Aufhebung des Bescheides zu führen hat?

Die Rechtsprechung ist hier **nicht einheitlich**. Ein Teil der Judikatur geht davon aus, dass hier ein Verfahrensfehler vorliegt, in dem die Relevanz auf der Hand liegt und daher nicht zu prüfen ist; ein anderer (überwiegender) Teil sieht eine Rechtswidrigkeit nur dann, wenn nicht auszuschließen ist, dass die Behörde bei Einhaltung der Verfahrensvorschriften zu einem anderen Bescheid kommt, nimmt hier also eine Relevanzprüfung vor.

Eine falsche Bestellung eines nichtamtlichen Sachverständigen ist allerdings ein Mangel, der auf jeden Fall zur Aufhebung desjenigen Bescheides führt, mit dem die Kosten, die der Behörde durch die Beiziehung des Sachverständigen entstanden sind, den Verfahrensparteien vorgeschrieben werden. Hier riskiert es die Behörde, auf den Kosten für rechtswidrig bestellte nichtamtliche Sachverständige „sitzen zu bleiben“.

Hier ist aber Folgendes zu beachten: Ein Bescheid, mit dem Kosten eines Sachverständigen festgesetzt werden, betrifft allein das Verhältnis zwischen Behörde und Sachverständigem. Aufgrund eines solchen Bescheides hat die Behörde, die den nichtamtlichen Sachverständigen herangezogen hat, den Sachverständigen zu bezahlen und es erwachsen ihr damit im Sinne des § 76 Abs 1 AVG Barauslagen. Der Partei, die im Allgemeinen gemäß § 76 Abs 1 AVG für Barauslagen aufzukommen hat, kommt in dem Verfahren betreffend die Festsetzung der Kosten eines Sachverständigen keine Parteistellung (und in der Folge keine Beschwerdelegitimation) zu. Sie kann ihre

Rechte aber umfassend in einem Verfahren betreffend die Vorschreibung von Barauslagen gemäß § 76 AVG geltend machen. Und dort kann sie erfolgreich vorbringen, dass die Barauslagen gar nicht hätten entstehen dürfen, weil die Bestellung des nichtamtlichen Sachverständigen unrechtmäßig erfolgt sei. Hier ist die Rechtsprechung einheitlich und unfreundlich gegenüber den Behörden.

Nur dann, wenn die Einholung eines Gutachtens nach der Verfahrenslage notwendig war und kein Amtssachverständiger zu Verfügung stand, können Sachverständigenkosten gemäß § 76 Abs 1 AVG auf die antragstellende Partei überwält werden, wobei auch die Höhe der Kosten von der Behörde entsprechend zu prüfen und zu begründen ist.¹⁸ War es hingegen nicht notwendig, ein Sachverständigengutachten einzuholen, kann aber im Sinne des § 76 Abs 1 AVG nicht mehr davon ausgegangen werden, dass der Behörde Barauslagen „erwachsen“ sind, für die im Allgemeinen die Partei aufzukommen hat, die um die Amtshandlung angesucht hat.¹⁹

1.5.2. Der nichtamtliche Sachverständige wurde nicht ordnungsgemäß, das heißt nicht mittels Bescheides, bestellt: Darin liegt zwar ein Verfahrensmangel, aber kein wesentlicher. Daher kommt es in diesem Fall regelmäßig nicht zur Aufhebung des – auf ein Gutachten des Sachverständigen – gestützten Bescheides.²⁰ Folgerichtig hat der VwGH in einem solchen Fall die Kosten (Barauslagen) als zu Recht erwachsen betrachtet und die Kostenvorschreibung an die kostenpflichtige Partei bestätigt.²¹

1.5.3. Der nichtamtliche Sachverständige wurde nicht (oder nicht ordnungsgemäß) beeidigt: Die Unterlassung der Beeidigung eines Sachverständigen im Sinne des § 52 Abs 2 Satz 1 AVG bedeutet zwar eine Verletzung des Gesetzes; eine Verletzung von Verfahrensvorschriften wie diese führt jedoch nur dann zu einer Aufhebung des Bescheides gemäß § 42 Abs 2 Z 3 VwGG, wenn sie auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss sein konnte. Dies ist bei der unterlassenen Beeidigung eines Sachverständigen in der Regel nicht der Fall.²²

1.5.4. Mangelnde Fachkunde eines Sachverständigen: Wenn die Behörde einen Sachverständigen bestellt, dem die notwendige Fachkunde abgeht (weil er zB auf einem anderen Fachgebiet sachverständig ist), so liegt eindeutig ein Verfahrensmangel vor. Die Behörde ist ja dann nicht in der Lage, die von ihr selbst als notwendig empfundene Expertise erstellen zu lassen. Stützt sie sich dennoch auf ein Gutachten eines solchen fachunkundigen Sachverständigen, so liegt regelmäßig ein wesentlicher Verfahrensmangel vor.²³

Der VwGH entscheidet hier einzelfallbezogen, wenn er mit der Frage befasst ist, ob ein bestimmter Sachverständiger auch tatsächlich die notwendige Fachkunde hat. Allerdings müssen die Parteien des Verfahrens in Bezug auf Einwendungen gegen die Fachkunde eines Sachverständigen

substanziell agieren, bloße Behauptungen reichen nicht aus.²⁴

1.5.5. Befangener Sachverständiger erstattet Gutachten: Die Heranziehung eines befangenen Amtssachverständigen (oder nichtamtlichen Sachverständigen) bewirkt nicht die Rechtsungültigkeit des in der Folge erlassenen Bescheides, sondern lediglich einen Verfahrensmangel.²⁵ Das unzulässige Einschreiten eines befangenen Sachverständigen kann durch die Partei nur mit den Rechtsmitteln gegen den das Verfahren abschließenden Bescheid geltend gemacht werden.²⁶

Überdies kann der diesbezügliche Verfahrensmangel regelmäßig dadurch saniert werden, dass die Berufungsbehörde ein neuerliches Gutachten durch einen unbefangenen Sachverständigen erstellen lässt und es ihrem Bescheid zugrunde legt.²⁷

Der VwGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Gutachten eines befangenen Sachverständigen nur dann zur Aufhebung eines Bescheides führt, wenn diese Befangenheit – im Sinne des § 42 Abs 2 Z 3 VwGG – wesentlich ist, wenn also im Einzelfall sachliche Bedenken gegen das Gutachten bzw gegen den sich darauf gründenden Bescheid bestehen.²⁸

Das soll in erster Linie verfahrensökonomisch die Fälle aussondern, wo seitens der vom Gutachten negativ betroffenen Parteien einfach die Behauptung aufgestellt wird, hier läge Befangenheit vor. Die Verfahrensparteien müssen sich hier bemühen, wenn sie die Relevanz eines solchen Verfahrensmangels geltend machen wollen. Dennoch ist diese Rechtsprechung kritisch zu beurteilen, legt doch bereits das Auftreten eines befangenen Sachverständigen nahe, dass gegen das Gutachten sachliche Bedenken bestehen.

Manchmal, in letzter Zeit öfter, geht der VwGH auch ohne Relevanzprüfung bei Vorliegen eines Befangenheitstatbestandes von einem wesentlichen („absoluten“) Verfahrensmangel aus. ZB in rezenten Fällen, wo der Amtssachverständige Approbant der Erstbehörde (= Bescheidverfasser, Normsetzer) war und dann im Berufungsverfahren als Sachverständiger auftrat. Befangenheit lag vor, weil der Sachverständige im Verfahren erster Instanz als „Normsetzer“ mitgewirkt hatte.²⁹ Der VwGH prüfte hier die Relevanz gar nicht, sie war augenscheinlich, es lag sozusagen ein absoluter Verfahrensmangel vor. Der Sachverständige hatte ein für andere erkennbares persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens. Daher kam es hier zur Aufhebung des Bescheides.

Von Befangenheit ist nach der Rechtsprechung dann zu sprechen, wenn die Möglichkeit besteht, dass ein Organ durch seine persönliche Beziehung zu der den Gegenstand einer Beratung und Beschlussfassung bildenden Sache oder zu den an dieser Sache beteiligten Personen in der unparteiischen Amtsführung beeinflusst sein könnte. Es ist daher auch nicht alles Befangenheit im Rechtssinn, was von den Verfahrensparteien so bezeichnet wird. Keine Befangenheit liegt zB dann vor, wenn die Behörde ers-

ter Instanz und die Behörde zweiter Instanz den gleichen Sachverständigen als Beweismittel heranziehen. Befangenheit ist auch dann nicht gegeben, wenn der Amtssachverständige einer bestimmten Behörde oder Abteilung angehört;³⁰ auch deutliche Kritik an einem Privatgutachten vermag den Vorwurf der Befangenheit nicht zu begründen.³¹ 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.

Auch die bloße Unzufriedenheit mit dem Gutachten reicht zur Annahme einer mangelnden Objektivität eines Amtssachverständigen jedenfalls nicht aus. Wird daher ganz allgemein eine mögliche Befangenheit der Sachverständigen lediglich aufgrund ihrer dienstlichen Stellung geltend gemacht, so ist dies für sich allein keinesfalls als wichtiger Grund im Sinne des § 7 Abs 1 Z 4 AVG zu werten.³² Der Umstand allein, dass die in beiden Instanzen beigezogenen Amtssachverständigen gleichzeitig Beamte der Behörde erster Instanz sind, vermag keine Bedenken gegen ihre volle Unbefangenheit zu begründen,³³ insbesondere auch weil ihre allein auf ihrer fachlichen Qualifikation beruhende Begutachtung keinem Weisungsrecht unterliegt.

2. Rolle eines Sachverständigen im Verfahren

2.1. Grundsätzliches

Die Rolle eines Sachverständigen ist im Verfahren oft sachentscheidend. Dennoch kommt ihm rechtstechnisch gesehen „nur“ die Rolle eines Hilfsorgans der Behörde zu. Die Behörde, meist in Gestalt des zuständigen Sachbearbeiters, hat es in der Hand, einen Sachverständigen als Beweismittel einzusetzen oder dies zu unterlassen. Die Behörde hat im Falle der Bestellung eines Sachverständigen insofern eine maßgebliche Rolle, als es ihr obliegt, die Beweisthemen für den Sachverständigen vorzugeben. Die Behörde (der Sachbearbeiter) hat dem Sachverständigen anhand einer genau umschriebenen Aufgabenstellung vorzugeben, zu welchem Fragenkreis er sein Gutachten zu erstatten hat. Die Festlegung der Fragen ist nicht Aufgabe des Sachverständigen, sondern der Behörde!

Hier liegen viele Fehlerquellen. Wenn die Behörde nicht die entscheidenden Fragen stellt, führt das Gutachten zu keinerlei Erkenntnisgewinn. Die Sachverständigen arbeiten umsonst oder in eine falsche Richtung. Als Sachverständiger sollte man daher klare Vorgaben fordern, um das Thema des Gutachtens eindeutig abzugrenzen!

2.2. Sachfrage/Rechtsfrage

Ein Sachverständiger darf keine eigene rechtliche Beurteilung treffen. Das geht deshalb nicht, weil die rechtliche Beurteilung eines Sachverhaltes der Behörde vorbehalten ist. Dabei wird nicht verkannt, dass es der Behörde oft gar nicht unrecht ist, wenn der Sachverständige heikle Fragen, die aber Rechtsfragen sind, beantwortet.

Damit das nicht geschieht, sollte er klare Vorgaben durch die Behörde haben und nicht über diese Vorgaben hinausgehen. Das geschieht allerdings nicht immer, weil sich auch die Behörden nicht leicht tun, die Sachfragen und die Rechtsfragen genau voneinander zu trennen. Die rechtlichen Schlussfolgerungen in Bezug auf die nach der Rechtslage zu beurteilenden Begriffe ist Sache der Behörde; die Grundlagen dafür schafft aber der Sachverständige. Dies sei anhand einiger Beispiele für Rechtsfragen näher dargestellt:

So ist zB die Frage der Dienstfähigkeit des Beamten eine Rechtsfrage, deren Beantwortung der Behörde obliegt. Sie muss sich dabei auf das Gutachten des Sachverständigen stützen, der darzutun hat, an welcher Krankheit der Beamte leidet und, wenn überhaupt, welche Tätigkeiten er noch ausüben kann.³⁴ Auch die Frage der Gesundheitsgefährdung (zB bei Immissionen) ist eine Rechtsfrage, der die Gutachten des gewerbetechnischen und des medizinischen Sachverständigen zugrunde zu legen sind.³⁵

Dies gilt zB auch für die Beurteilung der Frage, ob ein Bauvorhaben für eine (zumindest nebenberufliche) landwirtschaftliche Tätigkeit erforderlich ist, für die Frage, was ein „ortsüblicher Preis“ im Sinne des § 6 Abs 2 lit b Vorarlberger Grundverkehrsgesetz 2004 ist,³⁶ oder für die Frage der Selbsterhaltungsunfähigkeit (in einem Verfahren betreffend Waisengrundrente und Unterhaltsrente gemäß § 11 Abs 3 bis 6 und 8 Opferfürsorgegesetz). Aufgabe des ärztlichen Sachverständigen ist es dort (nur), an der Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes mitzuwirken, indem er in Anwendung seiner Sachkenntnisse Feststellungen über den Gesundheitszustand des Betroffenen trifft und die Auswirkungen bestimmt, die sich aus den festgestellten Leiden oder Gebrechen ergeben.³⁷

Wenn ein Sachverständiger nun aber seinen Bereich überschritten und Rechtsfragen auch gelöst hat, obwohl er das nicht dürfte, führt dies allein noch nicht zu einer Mangelhaftigkeit des Verfahrens oder zu einem rechtswidrigen Bescheid. Der VwGH geht meist von der Unbeachtlichkeit dieses Teils des Gutachtens aus und lässt die Berücksichtigung der anderen Gutachtensteile zu.

Kritisch wird es daher nur dann, wenn der Sachverständige anstelle der ihm abverlangten Beurteilung von Fachfragen nur Rechtsfragen erörtert, nicht jedoch, wenn er neben der Beantwortung von Fachfragen in einer Art und Weise, wie das von einem Gutachten zu fordern ist, zusätzlich auf Rechtsfragen eingeht. Allerdings riskiert die Behörde dann die Aufhebung des Bescheides, wenn sie sich – ohne erkennbar ihre eigene Ansicht zu vertreten – auch bei rechtlichen Ausführungen allein auf ein Gutachten stützt, das in unzulässiger Weise solche Erläuterungen enthält.

2.3. Weisungen an den Sachverständigen

Diese Frage stellt sich nur bei Amtssachverständigen; dass nichtamtliche Sachverständige nicht den Weisungen der Behörde unterliegen, ergibt sich aus dem Umstand, dass es sich bei ihnen um Personen handelt, die nicht in

einem Dienstverhältnis oder in einer sonstigen Hierarchiebeziehung zur Behörde selbst stehen.

Dass die Behörde dem Sachverständigen vorschreiben kann, was Thema des Gutachtens ist, ergibt sich aus den Aufgaben der Behörde. Kritisch wird es allerdings, wenn die Behörde dem Sachverständigen gewisse inhaltliche Vorgaben zu verstehen gibt oder sogar eine solche Weisung erteilt.

Der Amtssachverständige steht in Ausübung dieser Funktion unter (strafrechtlich sanktionierter) Wahrheitspflicht,³⁸ gegen die im Hinblick auf Art 20 Abs 1 B-VG das Weisungsrecht nicht durchzudringen vermag.³⁹ Das heißt, der Amtssachverständige kann eine solche Weisung ignorieren, ohne dass ihm eine Dienstpflichtverletzung vorzuwerfen wäre. Die Pflicht zur Wahrheit und zur Richtigkeit seiner Begutachtung, deren Verletzung ihn strafrechtlich verfolgbarmachen würde, steht höher als die Pflicht zur Befolgung von Weisungen.

Der VwGH hat wiederholt darauf hingewiesen, dass ein Amtssachverständiger hinsichtlich des Inhaltes seines Gutachtens jedenfalls insofern an keine Weisungen gebunden ist, als er unter der Strafdrohung der §§ 288 und 289 StGB keinen falschen Befund und kein falsches Gutachten erstatten darf.⁴⁰

2.4. Fehler und Folgen

Abgesehen von den bereits erwähnten Fehlern, die einem Sachverständigen bei Erstattung seines Gutachtens unterlaufen können, gibt es noch ein paar Punkte, die zu vermeiden wären, weil sie möglicherweise zu relevanten Verfahrensverstößen führen könnten. Der Sachverständige darf den Verfahrensgegenstand (das Projekt) nicht aus Eigenem „konkretisieren“ und es dabei gleichzeitig verändern (hier müsste er mit dem Projektanten, aber jedenfalls mit der Behörde vorher Rücksprache halten).⁴¹ Der Sachverständige darf auch nicht einfach „ein Projekt ablehnen oder ihm zustimmen“,⁴² das steht allein der Behörde zu (siehe dazu auch Punkt 2.2.). Er darf (muss) allein anhand fachlicher Kriterien sein Urteil treffen und inhaltlich beurteilen und begründen, was im Ergebnis zwar aufs Gleiche hinausläuft, aber für alle anderen Verfahrensparteien überprüfbar ist.

Eher selten ist der Fall, dass ein Sachverständiger ein inhaltlich falsches Gutachten abgibt. Das StGB sanktioniert diesen Verstoß in § 289 StGB („Falsche Beweisaussage vor einer Verwaltungsbehörde“):

„§ 289. Wer außer in den Fällen des § 288 Abs. 3 und 4 vor einer Verwaltungsbehörde als Zeuge bei seiner förmlichen Vernehmung zur Sache falsch aussagt oder als Sachverständiger einen falschen Befund oder ein falsches Gutachten erstattet, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.“

Ein im Sinne des § 289 StGB falsches Gutachten eines Amtssachverständigen, dessen Erstattung gerichtlich strafbar ist, ist aber nach der Rechtsprechung an die Vor-

aussetzung gebunden, dass es vorsätzlich abgelegt wurde; die inhaltliche Unrichtigkeit allein genügt nicht.⁴³ Zusätzlich zu den strafrechtlichen Folgen einer vorsätzlichen Falschbegutachtung kann im Falle eines beamteten Amtssachverständigen noch ein Disziplinarverfahren treten.

3. Erstellung von Gutachten

Der Sachverständige erstellt ein Gutachten, in dem er die an ihn von der Behörde gestellten Fragen beantwortet. Fixe Formvorschriften für solche gibt es im AVG eigentlich nicht. Es ist sogar möglich, aber unüblich, den Amtssachverständigen nur niederschriftlich einzuvernehmen oder ein Gespräch mit einem Amtssachverständigen per Aktenvermerk zu dokumentieren; auch das könnte bei wohlwollender Betrachtung durch den VwGH zur Qualifikation eines Gutachtens ausreichen.

Anders ist es bei nichtamtlichen Sachverständigen, wo teilweise die Ansicht vertreten wird, diese seien auf jeden Fall zu vernehmen. Das ist aber nicht üblich, sondern bei ihnen und bei allen in Verfahren auftretenden Sachverständigen ist die Erstattung eines schriftlichen Gutachtens die Regel. Die Idealvorstellung eines Gutachtens sieht so aus, dass es aus Befund und Gutachten im engeren Sinn besteht.

3.1. Befund

Der Sachverständige erstellt zuerst einen Befund, der Grundlage für seine darauf aufbauende fachliche Beurteilung ist.

Es kann Fälle geben, wo ein Sachverständiger lediglich mit der Befunderstellung, also der Erhebung von Tatsachen, zB mit Messungen, beauftragt ist. Meist dient der Befund aber als Grundlage für die eigene fachliche Wertung des Sachverständigen, die er im zweiten Teil seines Gutachtens vornimmt. Der Sachverständige muss sich der Hilfsmittel bedienen, die seine Wissenschaft entwickelt hat, um ein verlässliches Urteil abzugeben. Die von ihm anzuwendenden Methoden dürfen nur nach objektiven (wissenschaftlichen) Kriterien ausgewählt werden und hängen nicht von den Wünschen der Behörde oder der Parteien ab.

Zur Erfassung des Befundes kann der Sachverständige auch außerhalb einer mündlichen Verhandlung einen Lokalaugenschein durchführen (§ 55 Abs 1 Satz 2 AVG). Dieser Lokalaugenschein dient der Beschaffung der Grundlagen des Befundes des Sachverständigen. Es gibt kein Gebot, beim Lokalaugenschein die Parteien des Verfahrens oder die Behörde beizuziehen. Die Unterlassung dieser Beiziehung stellt daher keinen Verfahrensmangel dar.

Meint die Verfahrenspartei, der Befund wäre unrichtig erstellt worden, muss und kann sie dies im Verfahren mit entsprechender Begründung vorbringen; die Behörde muss sich mit diesem Einwand beschäftigen. Erscheint er ihr zutreffend, kann sie eine neuerliche Befundung anordnen, erscheint er ihr unzutreffend, muss sie darauf in der Be-

gründung des Abschlussbescheides im Rahmen der Würdigung des darauf aufbauenden Gutachtens näher eingehen.

Ein Sachverständiger muss den Befund seines Gutachtens nicht selbst geschaffen haben. Er kann auch auf die Aktenlage oder auf einen Befund eines anderen Sachverständigen, auch eines Privatsachverständigen, zurückgreifen. Er hat allerdings in seinem Gutachten dann genau anzugeben, auf welchen Befund(teil) er sich stützt. Übernimmt er nur Teile des Befundes eines anderen Gutachtens und Teile nicht, muss er dies ebenfalls nachvollziehbar begründen.⁴⁴

3.2. Gutachten im engeren Sinn

Ein Gutachten besteht – nach der Rechtstheorie (in der Praxis leider nicht immer) – aus einem Befundteil und einem Gutachtensteil im engeren Sinn und sollte im Idealfall auch so aufgebaut sein.

Der Gutachtensteil beinhaltet das fachliche Urteil, also die Begutachtung des festgestellten Sachverhaltes auf Grundlage der besonderen fachlichen Kenntnisse des Sachverständigen. Wichtig ist, dass die Gedankengänge, Berechnungen und Argumentationen im Gutachten schlüssig und nachvollziehbar sind. Im Zweifel ein Absatz mehr als ein Absatz weniger.

So genügt es zur Nachvollziehbarkeit eines Gutachtens nicht, wenn sich der Sachverständige auf seine Sachkenntnis oder Ortskenntnis beruft, ohne dies im Befund zu konkretisieren. Umgekehrt muss nicht bei jedem Detail des Befundes seine Herkunft erläutert werden, wenn zB klar ist, dass der Sachverständige diese Fakten im Rahmen eines Lokalaugenscheines erfahren hat.

Ein Gutachten, das nur eine sachverständige Wertung (das Gutachten im engeren Sinn) enthält, aber keinen Befund und keine Darstellung der Beschaffung der Tatsachen, auf die es sich offenbar stützt, ist unbrauchbar.⁴⁵ Typisch waren hier ärztliche Mini-Gutachten, die sich in zwei Zeilen mit einer Diagnose begnügten, ohne nähere Darstellungen der Fakten, auf die sie sich beriefen; solche ärztliche Atteste wurden regelmäßig auch nicht als Gutachten im Rechtssinn gewertet.

Keine nachvollziehbare Schlussfolgerung beinhalten auch Gutachten, die allein in der fachlichen Wertung münden, es „bestünden keine Einwände“, ohne dies näher zu begründen. Einfache lapidare Aussagen ohne nähere Erläuterung oder ohne nachvollziehbaren Argumentationsweg, der zum Verständnis herangezogen werden kann, stellen keine Gutachten im engeren Sinn dar. Manchmal sind die Fragestellungen schwierig, zB im Zusammenhang mit ästhetischen Urteilen in Bezug auf das Orts- oder Landschaftsbild. Der Aufwand bei der Erstellung eines Gutachtens ist hier naturgemäß groß (Fotodokumentationen etc), um eine nachvollziehbare fachliche Aussage auf die Beine zu stellen.

3.3. Auflagen

Ein Großteil der Gutachten in Bewilligungsverfahren mündet in einem Auflagenkatalog, der meist 1:1 in den Genehmigungsbefehl übernommen wird.

Die Formulierung der Auflagen ist daher in der Praxis in erster Linie Sache des Sachverständigen; bei Auflagen ändert die Behörde meist kaum etwas am Wortlaut und an der Formulierung, das stünde ihr auch nur insoweit zu, als damit nicht in den fachlichen Inhalt der Auflage eingegriffen wird. Dieser Teil des Bescheides stammt daher meist unmittelbar aus der Hand des Sachverständigen und birgt einige Fehlermöglichkeiten, die unter Umständen zur Aufhebung eines Bescheides führen können.

In diesem Zusammenhang ist auf eine frühere ausführliche Darstellung zum Thema „Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis“, welche ich ebenfalls in dieser Zeitschrift veröffentlicht habe, zu verweisen.⁴⁶ Auf eine Wiederholung dieser Ausführungen wird daher an dieser Stelle verzichtet.

3.4. Parteiengehör

Das Gutachten unterliegt dem Parteiengehör, es muss also allen Verfahrensparteien zur Kenntnis gebracht werden. Und zwar zur Gänze, inklusive aller Beilagen, Unterlagen und – wenn gewünscht – auch unter Nennung des Namens des Sachverständigen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes genügt die bloße Wiedergabe des Ergebnisses der fachkundigen Stellungnahme nicht.

Die Verfahrensparteien müssen alle notwendigen Informationen erhalten, die sie in die Lage versetzen, ein Gegengutachten in Auftrag zu geben oder auf Unlogisches oder Unvollständiges im vorliegenden Gutachten hinzuweisen.

Parteiengehör muss förmlich, das heißt ausdrücklich, gewährt werden. So reicht die den Verfahrensparteien offenstehende Möglichkeit der Akteneinsicht nicht aus. Es versteht sich von selbst, dass auch die Frist, die den Parteien zur Reaktion auf ein Gutachten zur Verfügung gestellt wird, ausreichend bemessen sein muss. Diese wird natürlich von Fall zu Fall unterschiedlich lang sein; jedenfalls muss die Frist ausreichen, damit die Partei darauf angemessen reagieren kann.

4. Widerlegung von Gutachten

Es gilt der Grundsatz, dass eine auf einem ausreichenden Befund beruhende schlüssige Begutachtung eines Falles durch einen Amtssachverständigen nur durch ein Gutachten eines anderen Sachverständigen in tauglicher Weise in Diskussion gezogen und allenfalls erschüttert werden kann. An sich schlüssigen Ausführungen des Amtssachverständigen kann jedenfalls nicht mit laienhaften Äußerungen in wirksamer Weise entgegnet werden.⁴⁷

Dieser Grundsatz ist sehr bekannt; weniger bekannt ist aber, dass er nicht uneingeschränkt gilt. Es ist einer Partei nämlich durchaus auch ohne Gegengutachten möglich, Unschlüssigkeiten oder Unvollständigkeiten des Gutachtens aufzuzeigen. Die Behörde hat sich auch dann mit Einwendungen gegen ein Sachverständigengutachten, dessen Schlüssigkeit im Bereiche der allgemeinen Lebenserfahrungen bekämpft wird, auseinanderzusetzen, wenn sich diese nicht auf gleicher wissenschaftlicher Ebene bewegen. Sie muss auf einsichtige Argumente selbst dann eingehen, wenn sie nicht fachkundig untermauert vorgetragen werden, doch setzt dies ein entsprechend fundiertes Vorbringen der Partei voraus.⁴⁸

Die Behörde ist bei Einwänden dieser Art jedenfalls gefordert, ihr Ermittlungsverfahren so lange fortzuführen, bis sie ihre Beweiswürdigung sicher argumentieren kann. Gegebenenfalls wird sie weitere Gutachten einholen oder den Sachverständigen um Ergänzung seines Gutachtens ersuchen müssen.

Bloße laienhafte Bestreitungen genügen allerdings regelmäßig nicht, um ein Gutachten eines Sachverständigen zu erschüttern. Daher greifen Parteien, gegen deren Interesse ein Gutachten erstattet wurde, oft zum Mittel der Beauftragung eines Gegengutachtens. Ein solches Gegengutachten (Privatgutachten) muss aber den gleichen Kriterien entsprechen wie ein Gutachten eines Amtssachverständigen. Der Privatsachverständige muss die gleiche Fachkunde haben wie der Amtssachverständigen, das Gutachten muss sich auf dem Stand der Wissenschaft bewegen und auch in Aufbau und Argumentation den vorhin geschilderten Vorgaben entsprechen, damit dieses Gutachten als gleichgewichtig angesehen werden kann.

Dies kann dann dazu führen, dass einer Behörde zwei (oder mehrere) Gutachten vorliegen, die in der gleichen Frage zu einem unterschiedlichen Ergebnis gelangen.

5. Verwertung von Gutachten durch die Behörde

5.1. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung hat die Behörde das/die Gutachten zu prüfen, und zwar auf Vollständigkeit und Schlüssigkeit (= frei von Widersprüchen, mit den Denkgesetzen in Einklang stehend, den Erfahrungen des täglichen Lebens entsprechend). Ein weiteres Kriterium kann darin liegen, ob das Gutachten auf dem Stand der Wissenschaft steht und Aktualität besitzt.

Im Verwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Das Gutachten eines Amtssachverständigen hat nicht deshalb einen höheren Beweiswert, weil es von einem Amtssachverständigen kommt. Entscheidend ist vielmehr der Inhalt des Gutachtens. Die Behörde hat bei entgegenstehenden Gutachten dasjenige vorzuziehen, das vollständig in Bezug auf die Befundaufnahme und schlüssig und nachvollziehbar in der Argumentation ist. So kann zB die Zitierung aktueller Quellen (im Gegensatz zu veralteten Zitaten) ein Kriterium für die erhöhte Glaubwürdigkeit eines Gutachtens sein. Allerdings kann so eine in-

haltliche Prüfung von Gutachten die – in der Regel fachlich nicht entsprechend gebildete – Behörde überfordern oder aber die Gutachten sind anhand der genannten Kriterien als gleichwertig zu betrachten, kommen aber dennoch zu anderen Ergebnissen. In einem solchen Fall wird die Behörde von sich aus ein drittes Gutachten einzuholen haben, um sich Gewissheit zu verschaffen.

Der VwGH vertritt hier regelmäßig die Ansicht, dass eine Begründung der Behörde, die sich nur in der Wiedergabe der eingeholten Sachverständigengutachten erschöpft, nicht als ausreichend anzusehen ist. Die fehlende Beweiswürdigung der belangten Behörde erhält angesichts des Vorliegens einander widersprechender Gutachten besonderes Gewicht. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH ist es der Behörde bei einander widersprechenden Gutachten gestattet, sich in freier Beweiswürdigung dem einen oder anderen Gutachten anzuschließen. Sie hat aber im Rahmen der in der Bescheidbegründung näher anzuführenden Beweiswürdigung in nachvollziehbarer Weise die Gedankengänge darzulegen, die sie dazu veranlasst haben.⁴⁹

Für die nachprüfende Kontrolle der Beweiswürdigung ist es notwendig, dass die Behörde alle Überlegungen auf den Tisch legt, die für die Berücksichtigung des einen Gutachtens und gegen das andere Gutachten sprechen. Das ist manchmal mühevoll, aber notwendig, um den Vorgaben des Gesetzes und der Rechtsprechung zu genügen. Noch einmal ist aber zu betonen, dass dies Aufgabe der Behörde und nicht Sache der Sachverständigen ist!

5.2. Fehler und Folgen: Fehlt einem Gutachten ein Befund oder besteht es nur aus Rechtsausführungen, kann sich die Behörde nicht darauf stützen; dies würde zur Aufhebung des Bescheides führen. Sonstige „Formfehler“ eines Gutachtens, das allen inhaltlichen Voraussetzungen genügt, sind aber nicht geeignet, einen relevanten Verfahrensmangel herbeizuführen.

Auch ein unsystematisches Gutachten kann daher einem Bescheid zugrunde gelegt werden, wenn es inhaltlich den Anforderungen entspricht. Bloße Formmängel von Gutachten, also zB das Fehlen einer ordentlichen Gliederung, eine unklare Struktur, oder auch optische Unzulänglichkeiten sind nicht bedeutsam für den Wert eines Gutachtens im Rahmen der Beweiswürdigung. Auch auf die Bezeichnung des Gutachtens kommt es nicht an. Entscheidend ist allein der Inhalt des Gutachtens.

Die Behörde kann auch nur einzelne Teile eines Gutachtens berücksichtigen und so fehlerlos beweiswürdigen; zB dann, wenn ein Gutachten neben fachlichen Ausführungen auch Rechtsausführungen enthält, wozu der Sachverständige nicht befugt ist. Die Berücksichtigung des Fachteils des Gutachtens unter Ab- bzw Ausgrenzung der anderen Ausführungen ist möglich, wenn diese auch inhaltlich trennbar sind.

Inhaltlich mangelhafte Gutachten sind mangelhafte Beweismittel. Die Relevanz liegt meist auf dem Tisch, daher ist hier mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Bescheidauf-

hebung zu befürchten, wenn solche Bescheide vor dem VwGH angefochten werden. Die Berufungsbehörde hat allerdings die Möglichkeit, diese Fehler gutzumachen und das Ermittlungsverfahren entsprechend zu ergänzen.

Häufige Fehler treten auch im Zusammenhang mit der Gewährung von Parteiengehör auf. Das beginnt damit, dass man Gutachten den Parteien gar nicht oder nur summarisch mitteilt oder eine zu knappe Frist setzt etc. Diese Verfahrensmängel sind alle gravierend. Der VwGH hebt Bescheide, die sich auf solcherart zustande gekommene Beweismittel stützen, regelmäßig deshalb auf, weil nicht auszuschließen ist, dass bei Vermeidung dieser Fehler ein anderes Verfahrensergebnis erzielt worden wäre. Die Relevanz solcher Fehler liegt auf der Hand.

Ein Bescheid ist auch rechtswidrig, wenn er sich auf un schlüssige Gutachten stützt oder auf Gutachten, deren Befund ergänzungsbedürftig ist. Ebenso ist das Fehlen jeglicher beweismittelstützender Überlegungen – das kommt leider öfter vor – ein Grund, einen Bescheid mangels Nachprüfbarkeit aufzuheben.

6. Spätere „Erkenntnisse“ auf Fachseite – behördliche Möglichkeiten

Nun kann und wird manchmal der Fall auftreten, dass von behördlicher Seite erst nach Abschluss eines Verfahrens erkannt wird, dass das Gutachten, das dem Bescheid zugrunde liegt, nicht richtig war, von veralteten Prämissen oder unrichtigen Sachverhaltsannahmen ausging. Der Bescheid wurde aber erlassen und ist rechtskräftig. Was tun? Auch der Sachverständige selbst kann erst nach diesem Zeitpunkt bemerken, dass er – aus welchen Gründen auch immer – kein korrektes Gutachten abgegeben oder von falschen Annahmen ausgegangen ist. Dann sollte er die Behörde verständigen. Diese kann aber auch nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen „etwas tun“.

In der Regel wird der Bescheid der Berufungsbehörde mit seiner Erlassung, ein erstinstanzlicher Bescheid mit seiner Erlassung und nach ungenutztem Verstreichen der Rechtsmittelfrist, rechtskräftig, das heißt verbindlich gegenüber Dritten, gegenüber Behörden und natürlich gegenüber dem dadurch Begünstigten. Dies gilt für alle Bescheide, auch für solche, die inhaltlich rechtswidrig sind oder von einer unzuständigen Behörde stammen. Auch diese Bescheide werden, wenn sie rechtskräftig sind, rechtskräftig, das heißt verbindlich.

Die Rechtskraft hat eine sichernde Funktion, kann sich doch der Inhaber eines Rechts darauf verlassen, dass ihm dieses nicht mehr weggenommen und dass auch inhaltlich nichts mehr an dem eingeräumten Recht verändert wird. Dies gilt auch für die gegenbeteiligten Parteien, die sich zB darauf verlassen können wollen, dass eine sie begünstigende Auflage auch tatsächlich in einem Bewilligungsbescheid auf Dauer bestehen bleibt. Diese Bestandsgarantie rechtskräftiger Bescheide, die mit der Rechtskraft einhergeht, ist daher auch unter unternehmerischen Gesichts-

punkten oder unter dem Aspekt des Rechtsfriedens ein wichtiges Element unserer Rechtsordnung. Dementsprechend sind Eingriffe in diese Bestandsgarantie nur eingeschränkt und unter besonderen Voraussetzungen möglich.

Dabei gibt es eine Reihe ganz unterschiedlicher rechtlicher Ausgangslagen. Es gibt rein verfahrensrechtliche Instrumente, wie zB die Wiederaufnahme des Verfahrens oder die Nichtigerklärung von Bescheiden, es gibt aber auch Sonderbestimmungen in einzelnen Materiegesetzen, wo zB die nachträgliche Vorschreibung von Auflagen ausdrücklich vorgesehen ist (zB in der GewO, im Wasserrecht) oder andere spezielle Rechtskonstruktionen, wie zB das Kollaudierungsverfahren, die eine inhaltliche Veränderung des Konsenses auch nach Eintritt der Rechtskraft des Bewilligungsbescheides selbst ermöglichen.

Im vorliegenden Zusammenhang möchte ich mich aber auf Fallgestaltungen konzentrieren, die im Zusammenhang mit fachlichen Urteilen, also mit Gutachten, stehen. Im Folgenden gehe ich daher nur kurz auf Kollaudierungsverfahren, Sonderbestimmungen in einzelnen Materiegesetzen und auf die Wiederaufnahme des Verfahrens ein.

6.1. Kollaudierungsverfahren

In einigen Materiegesetzen, so zB nach dem WRG oder nach einzelnen Bauordnungen, finden wir Konstruktionen, nach denen einem rechtskräftigen Bewilligungsbescheid ein Kollaudierungsbescheid (oder eine Benützungsbewilligung oder Ähnliches) folgt.

Diese Konstruktionen sind sehr verschieden gestaltet, können aber *de facto* zum gleichen Ergebnis, nämlich zu einer inhaltlichen Änderung des erteilten rechtskräftigen Konsenses, führen. So ist zB im Kollaudierungsverfahren nach dem WRG ausdrücklich vorgesehen, dass im Kollaudierungsbescheid nachträgliche bzw neue oder andere Auflagen vorgeschrieben werden können, die dann zusätzlich oder anstelle derer des Bewilligungsbescheides einzuhalten sind. Geringfügige Abweichungen, die öffentlichen Interessen oder fremden Rechten nicht nachteilig sind oder denen der Betroffene zustimmt, können im Überprüfungsbescheid nachträglich genehmigt werden.

Eine solche Abänderung soll nur im Fall der Geringfügigkeit möglich sein, und auch nur dann, wenn weder öffentliche Interessen noch die Interessen Dritter beeinträchtigt werden, es sei denn, der Dritte stimmt zu. Es handelt sich hier daher um eine nur für geringfügige Änderungen gesetzlich vorgesehene Anpassungsmöglichkeit an die nach der Herstellung der Anlage gegebene Realität.

Nicht in jedem Kollaudierungsverfahren gibt es aber die Möglichkeit eines nachträglichen Eingriffes in den Konsens. Das muss im Gesetz, das angewendet wird, ausdrücklich so vorgesehen werden. Im Bauverfahren ist es oft nicht so; dort kann die Benützungsbewilligung einen erforderlichen Baukonsens in der Regel nicht ersetzen. Eigentlich sieht das Gesetz nur vor, dass die Benützungsbewilligung unter bestimmten Voraussetzungen erteilt werden kann, selbst

wenn die Baubewilligung noch nicht völlig oder richtig umgesetzt wurde. Die Möglichkeit der inhaltlichen Veränderung der Bewilligung bietet diese Norm aber nicht.

Lässt aber eine von der Behörde erteilte Benützungsbewilligung erkennen, dass damit bewilligungspflichtige Projektsänderungen bewilligt wurden, dann ist davon auszugehen, dass in Wahrheit zugleich auch eine Baubewilligung erteilt wurde.⁵⁰ Hier nimmt die Judikatur einfach eine Umdeutung vor. Kritisch ist ein solches Vorgehen aber nicht nur deshalb zu beleuchten, weil es im Gesetz nicht so vorgezeichnet ist, sondern weil ein Benützungsbewilligungsverfahren mit einem anderen Parteienkreis durchgeführt wird als ein Bewilligungsverfahren. Daher vertritt der VwGH bei solchen Konstellationen die Ansicht, dass dann, wenn die Änderung des Bauvorhabens Umstände betrifft, durch welche in Rechte des Nachbarn eingegriffen wird, diesem auch im Benützungsbewilligungsverfahren Parteistellung zukommt.⁵¹

6.2. Eingriffsmöglichkeiten in den Materiengesetzen

Zum anderen gibt es in verschiedenen Materiengesetzen ausdrücklich vorgesehene Instrumentarien des nachträglichen Eingriffes in die Rechtskraft (vgl zB § 21a WRG; § 79 oder § 79b GewO; § 26 Abs 9 Tiroler Bauordnung; § 29 Burgenländisches Baugesetz; § 32 Niederösterreichische Bauordnung), die unter anderem der nachträglichen Vorschreibung von Auflagen dienen. Ein solcher Eingriff ist aber oft nur für den Fall vorgesehen, dass trotz Einhaltung des bestehenden Konsenses öffentliche Interessen nicht ausreichend geschützt werden. Auch hier gilt im Grundsatz, dass ein solcher Eingriff durch nachträgliche Vorschreibung von Auflagen nur dann möglich ist, wenn er ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist. Weil es sich dabei um einen Eingriff in bestehende Rechte, meist in Eigentumsrechte, handelt, muss diese Eingriffsmöglichkeit restriktiv gehandhabt werden, das heißt, es darf nur eingegriffen werden, soweit dies notwendig ist, und es ist das gelindeste zum Ziel führende Mittel zu wählen (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

Solchen Bescheiden gehen in der Regel, vor allem wenn es sich um größere Anlagen handelt, aufwendige Verfahren mit der Befassung von Sachverständigen etc voraus.

Die Formulierungen dieser Bestimmungen sehen eine Reaktion auf trotz Einhaltung des Konsenses eingetretene Missetände vor; diese Reaktion besteht (unter anderem) in der zusätzlichen Vorschreibung von Auflagen, kann aber bis zur inhaltlich massiven Veränderung der Bewilligung, ja sogar bis zur Versagung der Bewilligung führen. Zu betonen ist aber, dass wir es hier mit Fällen zu tun haben, in denen sich der Konsensinhaber an die Bewilligung hält! Man ist nur einfach bei gleichbleibender Sach- und Rechtslage draufgekommen, dass selbst bei Einhaltung des Bewilligungsbescheides öffentliche Interessen nicht hinreichend geschützt sind. Und man muss im Sinne dieser öffentlichen Interessen die Möglichkeit eines solchen Eingriffes haben, diesen aber schonend ausüben.

Zu unterscheiden ist dieser Sachverhalt des nachträglichen Eingriffes in die Rechtskraft von dem Fall, in dem sich jemand nicht an seinen Konsens hält. Hier gibt es für die Behörde verschiedene Möglichkeiten, darauf zu reagieren, grundsätzlich kann sie aber nicht in den Bewilligungsbescheid eingreifen, der ja gerade nicht verwirklicht wird. In Frage kommen hier Instrumente wie verwaltungspolizeiliche Aufträge (zB ein baupolizeilicher Auftrag, wenn ein Bauwerk entgegen der Baubewilligung errichtet wird) oder Verwaltungsstrafverfahren.

6.3. Wiederaufnahme des Verfahrens

Abschließend noch zum Thema der Wiederaufnahme des Verfahrens. Dabei ist zu beachten, dass eine bewilligte Wiederaufnahme zur Wiederauflösung des gesamten Verfahrens führt, und nicht – wie bei den zuvor genannten Eingriffsmöglichkeiten – lediglich in einen sonst bestehenden Konsens korrigierend eingegriffen wird. Es wird also das Ursprungsverfahren gänzlich neu aufgerollt, vom ursprünglich bestandenen Bescheid bleibt in der Regel nichts mehr bestehen. Das Verfahren wird neu durchgeführt.

Es gibt drei Gründe, die zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens führen können, zwei davon können im Zusammenhang mit Gutachten eines Sachverständigen stehen.

Nach Z 1 des § 69 Abs 1 AVG kann ein Verfahren wieder aufgenommen werden, wenn ein Bescheid „erschlichen“ worden ist, also zB aufgrund einer falschen Zeugenaussage oder aber eines vorsätzlich inhaltlich falschen Gutachtens (zB eines bestochenen Sachverständigen) zustande gekommen ist. Nach der Rechtsprechung des VwGH wird hier auf § 289 StGB abgestellt, also auf die Erstattung eines vorsätzlich falschen Gutachtens. Ist dieser Fall nachweislich gegeben, ist der Wiederaufnahmegrund des § 69 Abs 1 Z 1 AVG gegeben.

Dass die Rechtsordnung hier ein Interesse hat, einen solcherart zustande gekommenen Bescheid auch nach seiner Rechtskraft wieder aufzuheben, versteht sich von selbst.

Ein Verfahren soll gemäß § 69 Abs 1 Z 2 AVG aber auch dann wieder aufgenommen werden, wenn „neue Tatsachen oder Beweismittel hervorkommen, die im Verfahren ohne Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten und allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens voraussichtlich einen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätten“ (sogenannter Neuerungstatbestand).

Auch bei diesem Tatbestand kommen fallweise Sachverständige ins Spiel, sind sie bzw ihre Gutachten doch auch Beweismittel. Wichtig ist dabei, dass es sich um Tatsachen oder Beweismittel handeln muss, die bereits vor Bescheiderlassung bestanden haben, aber aus irgendwelchen Gründen unbekannt waren und erst nachträglich bekannt wurden. Neue, nach Bescheiderlassung hervorgekommene Tatsachen oder Beweismittel (zB ein später eingeholtes Gutachten) erfüllen diese Voraussetzung hingegen nicht.

In Bezug auf Sachverständigengutachten hat die Rechtsprechung folgende Trennung herausgearbeitet: Erklärt der Sachverständige, der Befund bleibe gleich, aber er ziehe daraus jetzt andere, neue Schlussfolgerungen, so stellt das keinen Wiederaufnahmegrund dar. Stellt ein Sachverständiger hingegen Tatsachen, die zur Zeit der Sachverhaltsverwirklichung bereits bestanden, erst nach Rechtskraft des Bescheides fest oder kommen ihm solche Tatsachen erst später zur Kenntnis, so könnten solche neuen Befundergebnisse – die sich auf seinerzeit bestandene Tatsachen beziehen müssen – durchaus einen Wiederaufnahmegrund darstellen, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 69 Abs 1 Z 2 AVG gegeben sind.⁵²

Die Möglichkeit der Wiederaufnahme ist – mit Ausnahme des Erschleichungstatbestandes der Z 1 – mit drei Jahren nach Rechtskraft des Bescheides befristet.

Anmerkungen:

¹ VwGH 25. 4. 2003, 2001/12/0195.

² VwGH 27. 3. 1995, 91/10/0090.

³ Vgl zB § 44 Abs 4 und 6 ForstG, wo die Einholung eines Gutachtens „der Landwirtschaftskammer“ vorgeschrieben ist.

⁴ VwGH 21. 1. 2003, 2001/07/0088.

⁵ VwGH 2. 7. 1992, 89/06/0143.

⁶ Vgl dazu VfGH 11. 3. 1965, VfSlg 4929/1965.

⁷ Vgl VwGH 27. 4. 1982, 81/07/0209, VwSlg 10.714 A/1982; 24. 4. 1990, 89/07/0172; 22. 11. 2000, 98/12/0036.

⁸ VwGH 10. 11. 2008, 2003/12/0078.

⁹ VwGH 25. 4. 2003, 2002/12/0109.

¹⁰ VwGH 23. 1. 2002, 2001/07/0139.

¹¹ VwGH 29. 1. 1992, 91/02/0121; 14. 9. 2004, 2004/10/0129.

¹² VwGH 25. 4. 2003, 2001/12/0109.

¹³ VwGH 17. 6. 1996, 95/05/0231; 26. 9. 2002, 2000/06/0075.

¹⁴ Vgl zur Heranziehung eines Ortsplaners VwGH 9. 11. 1989, 87/06/0101; 15. 9. 1994, 91/06/0060.

¹⁵ VwGH 25. 6. 2003, 2001/03/0066.

¹⁶ VwGH 25. 4. 2003, 2001/12/0195.

¹⁷ Vgl § 24 Abs 4 Tiroler Bauordnung; VwGH 26. 9. 2002, 2000/06/0075.

¹⁸ VwGH 15. 9. 1983, 2959 bis 2961/80; 5. 7. 1977, 973/76, VwSlg 9370 A/1977.

¹⁹ VwGH 6. 6. 1957, 457/57, VwSlg 4369 A/1957; 17. 3. 2005, 2004/11/0140.

²⁰ VwGH 24. 10. 2002, 2000/06/0087.

²¹ VwGH 21. 4. 2004, 2002/04/0043.

²² VwGH 23. 6. 1987, 83/05/0146, 0147, VwSlg 12.492 A/1987; 3. 11. 1999, 1998/06/0231.

²³ VwGH 20. 9. 2000, 99/03/0024.

²⁴ Vgl in diesem Sinn VwGH 20. 9. 2000, 99/03/0024.

²⁵ VwGH 5. 11. 1991, 89/04/0273; 13. 6. 2003, 2002/12/0297.

²⁶ wGH 23. 5. 2003, 2002/11/0205.

²⁷ VwGH 25. 4. 2002, 98/07/0103 uvm.

²⁸ VwGH 15. 5. 1996, 95/03/0238; 13. 6. 2003, 2002/12/0297.

²⁹ VwGH 19. 1. 2010, 2009/05/0239 ua.

³⁰ VwGH 27. 2. 1992, 92/02/0036; 26. 6. 1995, 93/10/0226.

³¹ VwGH 25. 3. 2009, 2008/03/0021.

³² VwGH 25. 9. 1992, 92/09/0198.

³³ VwGH 19. 1. 1994, 92/03/0226.

³⁴ VwGH 20. 5. 1992, 91/12/0287.

³⁵ VwGH 27. 2. 1991, 90/04/0199.

³⁶ VwGH 31. 3. 2006, 2006/02/0060.

³⁷ VwGH 9. 6. 2004, 2003/12/0229.

³⁸ VfGH 11. 3. 1965, VfSlg 4929/1965.

³⁹ VwGH 27. 4. 1982, 81/07/0209, VwSlg 10.714 A/1982.

⁴⁰ Vgl unter anderem VwGH 26. 5. 2008, 2004/06/0039.

⁴¹ Vgl dazu VwGH 26. 2. 1996, 94/10/0147.

⁴² VwGH 20. 9. 1994, 92/05/0132.

⁴³ Vgl VwGH 25. 9. 1990, 86/07/0071, 21. 9. 1951, 2055/50, VwSlg 2236 A/1951.

⁴⁴ Vgl dazu VwGH 7. 7. 2005, 2004/07/0052.

⁴⁵ Unter anderem VwGH 24. 2. 2002, 2001/12/0218.

⁴⁶ *Hinterwirth*, Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis, SV 2008, 79 (Teil I) und 119 (Teil II).

⁴⁷ Vgl unter vielen VwGH 27. 3. 1968, 563/66; 25. 4. 1996, 93/06/0188.

⁴⁸ Vgl VwGH 16. 5. 2001, 99/09/0186.

⁴⁹ VwGH 30. 10. 1991, 91/09/0047; 27. 9. 1994, 92/07/0076 mwN.

⁵⁰ Vgl zB zu § 111 Niederösterreichische Bauordnung 1976 VwGH 18. 12. 2006, 2005/05/0284.

⁵¹ Vgl dazu VwGH 21. 7. 2005, 2004/05/0104.

⁵² Unter anderem VwGH 4. 8. 2004, 2002/08/0074.