

Der Sachverständigenbeweis in einer künftigen Verwaltungsgerichtsbarkeit

1. Einleitung

1.1. Die Einführung einer umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz mit nachprüfender Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof (VwGH) ist seit Längem eines der wichtigsten Anliegen einer Verbesserung des Rechtsschutzes in Österreich. Besonders bedeutsam waren die Vorarbeiten des Verfassungskonventes und der Expertengruppe „Staats- und Verwaltungsreform“ im Bundeskanzleramt (BKA), die Ende Juli 2007 den Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes vorlegte, der für das 6. Hauptstück des B-VG „Garantien der Verfassung und Verwaltung“ einen neuen Unterabschnitt „A. Verwaltungsgerichtsbarkeit“ vorsah. Im neuen Art 129 Abs 1 und 2 B-VG wurde programmatisch angekündigt, dass eine alle Verwaltungsagenden umfassende Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichte der Länder, das Verwaltungsgericht des Bundes und durch den VwGH ausgeübt wird. Für jedes Bundesland werde ein Verwaltungsgericht des Landes, für Bundessachen ein Verwaltungsgericht des Bundes eingerichtet. In den neu konzipierten Art 129 bis 136 B-VG wurden die verfassungsgesetzlichen Grundzüge der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit dargestellt.

Das weitere Schicksal dieser ersten großen Verfassungsnovelle nach dem Verfassungskonvent wurde durch diverse Streitigkeiten in der Regierungskoalition, teilweise auch mit den Vertretern der Bundesländer, bestimmt. Eine Realisierung dieses Projekts gelang zunächst nicht.

Zu Jahresende 2007 wurde nach hektischen Regierungsverhandlungen ohne jedes Begutachtungsverfahren zum Problemkreis Verwaltungsgerichtsbarkeit ein anderer Weg beschritten: Mit Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird, BGBl I 2008/2, wurde ein Spezialverwaltungsgericht, der Asylgerichtshof, geschaffen, und zwar überwiegend als Höchstgericht, weil der Rechtszug zum VwGH ausgeschlossen und nur die Beschwerde wegen behaupteter Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts an den Verfassungsgerichtshof (VfGH) gemäß Art 144a B-VG zugelassen wurde. Teilweise ist der Asylgerichtshof aber auch Verwaltungsgericht erster Instanz und zwar bei den sogenannten Grundsatzentscheidungen, die dem VwGH vorzulegen sind. Ernüchternd lautet nun der neue Art 129 B-VG: „Zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung sind die unabhängigen

Verwaltungssenate in den Ländern, der Asylgerichtshof und der Verwaltungsgerichtshof berufen.“

Ausgehend von der derzeit bestehenden Rechtslage bleibt für die Erörterung der Frage, wie der Gesetzgeber das Problem des Sachverständigenbeweises in einer neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit bewältigen will, zunächst nur die Betrachtung des sehr speziellen Teilbereichs der Asylgerichtsbarkeit. Die Antwort des Asylgerichtshof-Einrichtungsgesetzes, BGBl I 2008/4, wird enttäuschend knapp in fünf Zeilen gegeben. Soweit sich aus dem B-VG, dem Asylgesetz 2005 und dem Verwaltungsgerichtshofgesetz nichts anderes ergibt, sind auf die Verfahren vor dem Asylgerichtshof die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG) mit der Maßgabe sinngemäß anzuwenden, dass an die Stelle des Begriffs „Berufung“ die Bezeichnung „Beschwerde“ tritt. Das ist alles, was das Gesetz zur Verfahrensfrage zu sagen hat. Nun ist das AVG – im Großen und Ganzen gesehen – ein sehr bewährtes Verfahrensgesetz, gerade beim Sachverständigenbeweis ergeben sich aber durch die primär vorgesehene Einrichtung des „Amtssachverständigen“ für ein Gerichtsverfahren schwerwiegende Vorbehalte. Meines Erachtens müsste in einem Verfahrensgesetz für die Verwaltungsgerichte – vor allem im Hinblick auf Art 6 der Menschenrechtskonvention (MRK) und den dort normierten Grundsatz der Fairness des Verfahrens – eine eigenständige Regelung des Sachverständigenbeweises erfolgen.

Die Notwendigkeit unparteilicher und unabhängiger Sachverständiger auch für die Verfahren vor dem Asylgerichtshof, also für Verwaltungsgerichtsverfahren, kann aber unschwer daran erkannt werden, dass das Bundesministerium für Justiz einer Anregung des Asylgerichtshofs folgend mit Erlass vom 11. 3. 2010, BMJ-B11.852/0009-I 6/2009, eine Änderung der Fachgruppen- und Fachgebietseinteilung (Nomenklatur) vorgenommen hat, mit der für das gerichtliche Sachverständigenzertifizierungsverfahren die neue Fachgruppe 23 Länderkunde (insbesondere Menschenrechte) mit 13 nach Ländern oder Regionen gegliederten Fachgebieten geschaffen wurde. Es sollten unabhängige, für die Gutachtertätigkeit besonders ausgebildete Sachverständige erfasst werden, die Fachwissen im Bereich der politischen, menschenrechtlichen und kulturellen Lage in Herkunftsländern vermitteln. Damit soll ein nicht nur bei Asylverfahren, also Verwaltungsverfahren, sondern auch bei gerichtlichen Auslieferungsverfahren,

ren bestehender Bedarf gedeckt werden. Eine auch vom Gerichtssachverständigenverband maßgeblich geförderte, richtungsweisende Weiterentwicklung zu institutionell unabhängigen und daher auch bei Betrachtung von außen unparteiischen Gerichtssachverständigen und weg von der Einrichtung der Amtssachverständigen.

1.2. Nunmehr hat das BKA entsprechend der Ankündigung der Einführung einer mehrstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Regierungsprogramm der Bundesregierung für die 24. Gesetzgebungsperiode die „Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012“ als Regierungsvorlage (1618 BlgNR 24. GP) am 14. 12. 2011 dem Nationalrat zugemittelt. Die Regierungsvorlage wurde am 19. 1. 2012 dem Verfassungsausschuss zugewiesen, der sie auf die Tagesordnung der 32. Sitzung des Ausschusses am 15. 2. 2012 gesetzt hat.

Nach dem Allgemeinen Teil der Erläuterungen zur Regierungsvorlage sind folgende Hauptgesichtspunkte des Entwurfs hervorzuheben:

„– Der Entwurf sieht die Einführung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit vor. Danach soll es für jedes Land ein Verwaltungsgericht erster Instanz und für den Bund zwei Verwaltungsgerichte erster Instanz geben (‘9+2-Modell’). Die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern sollen in den Verwaltungsgerichten der Länder aufgehen. Der Asylgerichtshof soll zum Verwaltungsgericht des Bundes werden. Das Verwaltungsgericht des Bundes soll jedenfalls an die Stelle des Bundesvergabeamtes treten, das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen an die Stelle des unabhängigen Finanzsenats. Die Zuständigkeiten der Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag und der sonstigen weisungsfrei gestellten Organe sollen, soweit sie eine rechtsprechende Tätigkeit ausüben, auf die Verwaltungsgerichte übergehen. Materienspezifischen Besonderheiten außerhalb der Finanzgerichtsbarkeit soll durch die Möglichkeit der Einrichtung von Fachsenaten und der Mitwirkung von fachkundigen Laienrichtern sowie der Erlassung von Sonderverfahrensrecht Rechnung getragen werden können.

– In einer sehr allgemeinen Form kann gesagt werden, dass der administrative Instanzenzug derzeit in der staatlichen Verwaltung bis zum zuständigen obersten Organ des jeweiligen Vollzugsbereiches des Bundes oder des Landes verläuft, soweit nicht verfassungsgesetzlich anderes bestimmt oder der Instanzenzug durch einfaches Gesetz abgekürzt oder ganz ausgeschlossen ist; solche Regelungen sind zahlreich und können hier nicht im Einzelnen dargestellt werden. Für den Instanzenzug in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde und der sonstigen Selbstverwaltungskörper gilt Ähnliches.

– An sich könnte auch bei Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz der administrative Instanzenzug beibehalten werden. Mit der Schaffung einer *zusätzlichen* Rechtsmittelinstanz wären jedoch erhebliche finanzielle Mehrausgaben und eine Verlängerung der Verfahrensdauer verbunden. Der Entwurf schlägt daher vor, in der Frage des administrativen Instanzenzuges einen grundsätzlichen Systemwechsel zu vollziehen und diesen mit einer einzigen Ausnahme (diese betrifft die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde) abzuschaffen. Außer in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde soll es also künftig nur

noch eine einzige Verwaltungsinstanz geben; jede Verwaltungsbehörde soll also ‚erste und letzte Instanz‘ sein und gegen die von ihr erlassenen Bescheide (bzw. wegen einer Verletzung der Entscheidungspflicht durch sie) soll als einziges Rechtsmittel Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben werden können.

– Soweit im Folgenden einschränkend von einer (nur) ‚grundsätzlichen‘ Abschaffung des administrativen Instanzenzuges die Rede ist, wird damit lediglich auf die erwähnte Ausnahme betreffend die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde Bezug genommen; im Übrigen ist diese Abschaffung jedoch eine vollständige und bestehen von ihr keine Ausnahmen ...

– Die Verwaltungsgerichte erster Instanz sollen grundsätzlich in der Sache selbst entscheiden. Gegen ihre Erkenntnisse und Beschlüsse soll Revision beim Verwaltungsgerichtshof erhoben werden können, die allerdings an gewisse Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpft ist. ...“

Auf die vielfältigen juristischen und praktischen Fragen, die die Regierungsvorlage zur Einführung einer mehrstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit, insbesondere im Hinblick auf das föderalistische Prinzip, aufwirft, kann hier nicht umfassend eingegangen werden. Ich möchte in meinem Beitrag vor allem auf einige wichtige Aspekte zu den Problemen des Sachverständigenbeweises im Verfahren vor den geplanten Verwaltungsgerichten hinweisen.

1.3. Art 136 B-VG in der Fassung des Entwurfs 2012 befasst sich mit dem von den Verwaltungsgerichten anzuwendenden Verfahrensrecht:

„**Artikel 136.** (1) Die Organisation der Verwaltungsgerichte der Länder wird durch Landesgesetz geregelt, die Organisation der Verwaltungsgerichte des Bundes durch Bundesgesetz.

(2) Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen wird durch ein besonderes Bundesgesetz einheitlich geregelt. Der Bund hat den Ländern Gelegenheit zu geben, an der Vorbereitung solcher Gesetzesvorhaben mitzuwirken. Durch Bundes- oder Landesgesetz können abweichende Regelungen getroffen werden, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind.

(3) Das Verfahren des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen wird durch Bundesgesetz geregelt. Durch Bundesgesetz kann auch das Abgabenverfahren vor den Verwaltungsgerichten der Länder geregelt werden.

(4) Die Organisation und das Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes werden durch ein besonderes Bundesgesetz geregelt.

(5) Die Vollversammlungen der Verwaltungsgerichte und des Verwaltungsgerichtshofes beschließen auf Grund der nach den vorstehenden Absätzen erlassenen Gesetze Geschäftsordnungen.“

Im Besonderen Teil der Erläuterungen zur Regierungsvorlage wird zu Art 136 B-VG in der Fassung des Entwurfs 2012 ausgeführt:

„Demgegenüber soll das Verfahren der Verwaltungsgerichte (mit Ausnahme des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen) nach dem vorgeschlagenen Art. 136 Abs. 2 durch ein besonderes Bundesgesetz einheitlich geregelt

werden können; in Anlehnung an Art. 11 Abs. 2 letzter Halbsatz B-VG soll es jedoch möglich sein, abweichende Regelungen zu treffen, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind. Die Formulierung der Mitwirkungsregelung orientiert sich an Art. 14b Abs. 4 erster Satz B-VG; es ist in Aussicht genommen, im Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst eine besondere Arbeitsgruppe einzurichten, der auch Expertinnen und Experten der Länder angehören. Das Verfahren des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen soll ohne diese Einschränkungen durch Bundesgesetz – nicht notwendigerweise durch ein besonderes Bundesgesetz – geregelt werden können. Schließlich sollen auch die Organisation und das Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes wie bisher durch ein besonderes Bundesgesetz zu regeln sein.

Zum besonderen Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte fand am 6. September 2011 im Bundeskanzleramt eine Sitzung statt, in der von Expertinnen und Experten der Länder einerseits und Vertretern des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst andererseits in einer Piktation festgehaltene Grundzüge eines Verfahrens der Verwaltungsgerichte erarbeitet wurden. Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten soll sich einschließlich der Kostentragung am AVG orientieren. Das AVG und das VStG sollen subsidiär anwendbar sein.“

Diese Ausführungen, vor allem der Hinweis auf das AVG, belegen, dass nach Meinung der für die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit maßgebenden Experten – wie beim Asylgerichtshof-Einrichtungsgesetz – auch bei den neuen Verwaltungsgerichten des Bundes und der Länder der Sachverständigenbeweis primär durch Amtssachverständige besorgt werden soll. In diesem Vorhaben sehe ich ein grundsätzliches Problem für die Gewährleistung eines rechtsstaatlichen, fairen Verfahrens.

2. Grundfragen einer neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit

2.1. Allgemeines zu Verwaltungsgerichten erster Instanz

Zunächst muss geklärt werden, welche Aufgaben die Verwaltungsgerichte erster Instanz haben sollen. Geht es nur um eine Überprüfung von Bescheiden und von Akten unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit sowie um die Fälle der Verletzung der Entscheidungspflicht, also um jene Agenden, die derzeit von den unabhängigen Verwaltungssenaten und in oberster Instanz vom VwGH bearbeitet werden, oder soll – zumindest in jenen Verwaltungssachen, die nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (in Straßburg) als „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ oder auch als Angelegenheiten „zivilrechtlichen Charakters“ beurteilt werden – eine volle Verwaltungsgerichtsbarkeit, und zwar in Richtung einer Gerichtsbarkeit mit voller Kognitionsbefugnis in Rechts- und Tatfragen im Sinne des Art 6 MRK eingerichtet werden? Diese Frage muss zu allererst beantwortet werden.

Eine volle Verwaltungsgerichtsbarkeit für alle Verwaltungsmaterien könnte bei besonders großen und komplexen Verwaltungssachen, bei denen interdisziplinär in

größtem Umfang Sachverstand benötigt wird, auf unlösbare Schwierigkeiten stoßen und wäre möglicherweise gar nicht zu bewerkstelligen. Ich denke da an Umweltverträglichkeitsprüfungen mit umfangreichen, verschiedenen Sachbeweisen bei Großvorhaben wie etwa beim Projekt des Semmeringbahn-Tunnels oder eines Donaukraftwerks oder auch an andere Fälle verwaltungsbehördlicher Großverfahren, bei denen zivilrechtliche Ansprüche im Sinne des Art 6 Abs 1 MRK nicht im Vordergrund stehen. In diesen Fällen wird es wohl auch bei einer neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit nur um die Prüfung von Rechtsfragen und von behaupteten Verletzungen von Verfahrensvorschriften gehen, nicht aber darum, dass das Verwaltungsgericht als eine volle Tatsacheninstanz agiert.

Im Bereich der Anwendung des Art 6 Abs 1 MRK, somit für Rechtssachen „zivilrechtlichen Charakters“ – auf welche Verwaltungssachen diese Norm anzuwenden ist, ist freilich vielfach in Rechtsprechung und Lehre umstritten –, genügt es meiner Ansicht nach nicht, dass an die Stelle von weisungsfrei gestellten Verwaltungsbeamten – wie etwa bei den unabhängigen Verwaltungssenaten – unabhängige, unversetzbare und unabsetzbare Verwaltungsrichter berufen werden. Es müsste vielmehr in Anlehnung an die Justizgerichtsverfahren auch das Beweisrecht für die Verwaltungsgerichte in einem eigenen Verfahrensgesetz, etwa nach dem Vorbild der Zivilprozessordnung (ZPO), geregelt werden. Eine bloße Verweisung auf das Beweisrecht des AVG – wie derzeit schon in § 23 Asylgerichtshof-Einrichtungsgesetz – genügt nicht, insbesondere nicht für den Sachverständigenbeweis mit seiner primären Verweisung auf die Amtssachverständigen (§§ 52 ff AVG).

2.2. Konzept der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (RV 1618 BlgNR 24. GP)

Die knappe Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in diesem Entwurf, vor allem die Ausführungen in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage über die noch notwendige Ausführungsgesetzgebung, wecken schwerwiegende Bedenken, ob so das dringend notwendige Reformwerk einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz bewältigt werden kann. Die vorgeschlagenen Verfassungsbestimmungen sind weitgehend kursorisch, sodass der Eindruck entsteht, dass in Wahrheit die bisher bestehenden unabhängigen Verwaltungssenate der Länder und andere in der Verwaltung bestehende Senate lediglich zusammengefasst und mit dem neuen Etikett „Verwaltungsgericht des Landes ...“ versehen werden, und für die unmittelbar von Bundesbehörden zu vollziehenden Angelegenheiten in gleicher Weise mit Etikettenaustausch zwei Verwaltungsgerichte des Bundes eingerichtet werden.

Kernstück jeder Gerichtsverfahrensregelung im Sinne des Art 6 Abs 1 MRK ist das Recht auf ein faires Verfahren. Dazu gehört vor allem, dass auch die Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Gericht (vgl dazu zuletzt *Kerschner*, Zivilrecht in der Verwaltung: Wo bleibt hier die Gewaltenteilung? Rechtspanorama der Zeitung „Die Pres-

se“ vom 5. 12. 2011) zumindest in den wesentlichen Sachfragen und letztlich in einer öffentlichen, kontradiktorischen Verhandlung erfolgt. Um die erwünschte meritorische Entscheidung durch das Verwaltungsgericht sicherzustellen, sollte ein umfassendes gerichtliches Ermittlungsverfahren mit allen Beweismitteln, vor allem auch mit einem gerichtlichen Sachverständigenbeweis möglich sein. In welchen Angelegenheiten ein verwaltungsgerichtliches Ermittlungsverfahren über Antrag, oder auch von Amts wegen einzuleiten ist, sollte im entsprechenden Verfahrensgesetz oder Materiengesetz geregelt werden.

Die österreichspezifische Institution des Amtssachverständigen sollte auf ein Wirken bei der Verwaltungsbehörde eingeschränkt und für die Verwaltungsgerichtsbarkeit weitgehend durch die Einrichtung von unabhängigen Gerichtssachverständigen, also von allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen – wie bei den Justizgerichten –, ersetzt werden. Ein der Objektivität verpflichteter, unparteilicher Sachverständiger, der von den Parteien des Verwaltungsverfahrens unabhängig ist, ist unverzichtbar, um ein faires Verfahren im Sinne des Art 6 Abs 1 MRK zu garantieren. Ein Amtssachverständiger kann diese Funktion nicht erfüllen, weil die Gebietskörperschaft (Verwaltungsbehörde), der der Amtssachverständige angehört, selbst Partei des Verwaltungsgerichtsverfahrens ist. Die Erläuterungen zu den wenigen Verfassungsbestimmungen über das Verfahren bei den Verwaltungsgerichten erwecken eher den Eindruck eines schmalen, teilweise gar nicht in öffentlicher Verhandlung ablaufenden, höchstens ergänzenden Ermittlungsverfahrens. Bei größeren Sachverhaltensproblemen hätte wohl das Verwaltungsgericht die bekämpfte Entscheidung zu kassieren und die Sache an die Verwaltungsbehörde mit ihren Amtssachverständigen zurückzuverweisen (vgl Art 130 Abs 4 B-VG in der Fassung des Entwurfs 2012).

Ich halte diese Vorgangsweise für höchst unbefriedigend, jedenfalls sehe ich keine qualitative Verbesserung gegenüber der jetzigen Verfahrenssituation, vielleicht sogar eine Verschlechterung, weil im derzeitigen administrativen Rechtsmittelverfahren – das ersatzlos entfallen soll – oft hoch qualifizierte Experten der übergeordneten Behörde für eine Verbesserung der Entscheidungsgrundlagen sorgen. Die neu einzurichtende Verwaltungsgerichtsbarkeit müsste sich weitgehend – vor allem bei jenen Angelegenheiten, die dem Regime des Art 6 Abs 1 MRK unterliegen – eher an den Beispielen einer sukzessiven Zuständigkeit, wie etwa im Leistungsstreitverfahren der Sozialgerichtsbarkeit, orientieren, auch wenn dies mit erheblichen Mehrkosten gegenüber dem vorgeschlagenen Modell verbunden ist.

Das zweite mir wichtig scheinende Problem der neuen Verwaltungsgerichte ist die Auswahl und Ausbildung der Richter dieser Gerichte. Die rudimentären Regelungen des Art 134 B-VG in der Fassung des Entwurfs 2012 müssten jedenfalls durch entsprechende Ausführungsgesetze ergänzt werden.

Der Verfassungsnovellenentwurf überlässt die Organisation der Landesverwaltungsgerichte offensichtlich der Landesgesetzgebung der neun Bundesländer und bezüglich der Bundesverwaltungsgerichte der Gesetzgebung des Bundes. Die Vorstellung von 10 (11) mehr oder weniger verschiedenen Richterdienstrechten neben dem Dienstrecht für Justizrichter (RStDG) ist eine geradezu bedrohliche Vision einer unsinnigen, wohl auch divergenten Normenflut. In einem so kleinen Land wie Österreich müsste doch ein einheitliches Richterdienstrecht gelten, Auswahlverfahren und Ausbildung des richterlichen Nachwuchses müsste nach weitgehend einheitlichen Prinzipien erfolgen, wobei für besondere richterliche Aufgaben für Verwaltungs- und Justizrichter im Modulsystem besondere Ausbildungseinheiten vorgesehen werden sollten. Unabhängigkeit und Selbständigkeit richterlicher Arbeit – losgelöst von Anweisungen und Weisungen – kann nicht allein behördlich angeordnet werden, sondern muss gelernt und geübt werden. Für diese Grundelemente richterlichen Handelns, ebenso zur Ausbildungsdauer und zu Ausbildungsinhalten für Verwaltungsrichter fehlen jegliche Angaben im Gesetzesentwurf und in den Erläuterungen. Es müssen daher schwerste Bedenken gegen diese Form der Organisation und Einrichtung von Verwaltungsgerichten angemeldet werden. Ich meine, dass die notwendige Einheitlichkeit des Rechtsschutzes in Österreich nur dann erreicht werden kann, wenn die Angelegenheiten der Organisation der Landesverwaltungsgerichte, ebenso alle Vorschriften über das Verfahren vor diesen Gerichten und den Bundesverwaltungsgerichten, aber auch das Dienstrecht der Verwaltungsrichter, wohl auch ihre Besoldung in der Gesetzgebung in die Kompetenz des Bundes verwiesen werden (Art 11 B-VG). In diesem Sinne sieht immerhin Art 136 Abs 2 B-VG in der Fassung Entwurfs 2012 hinsichtlich des Verfahrens schon eine weitgehend einheitliche bundesgesetzliche Regelung vor.

Entgegenzutreten ist dem B-VG-Entwurf 2012 auch, soweit für die Funktion der Präsidenten und Vizepräsidenten der Verwaltungsgerichte der Länder und des Bundes keine richterlichen Besetzungsvorschläge vorgesehen sind und damit einer parteipolitisch beeinflussten Richterbesetzung Tür und Tor geöffnet wird.

Ein erster Ansatz in die richtige Richtung könnte möglicherweise – zumindest in seiner programmatischen Aussage – die Änderung der Kompetenznorm des Art 10 Abs 1 Z 1 und 6 B-VG durch das Bundesverfassungsgesetz BGBl I 2008/2 sein, mit dem der Tatbestand „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ aus der Aufzählung in Z 6 – wo er bisher in einer merkwürdigen Gemengelage mit Urheberrecht und Pressewesen stand – entfernt und der Z 1 nach dem Kompetenztatbestand „Verfassungsgerichtsbarkeit“ angefügt wurde.

3. Der Amtssachverständige und die Erfordernisse für den Sachverständigenbeweis in einem Verwaltungsgerichtsverfahren

3.1. Die Grundproblematik des AVG als Verfahrensgesetz für Verwaltungsgerichte erster Instanz liegt vor allem in

§ 52 Abs 1 bis 3 AVG, wo festgeschrieben ist, dass für den Sachverständigenbeweis primär die der Behörde beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen – die Amtssachverständigen – beizuziehen sind und die Heranziehung von nichtamtlichen Sachverständigen an bestimmte Bedingungen (etwa Beschleunigung des Verfahrens) geknüpft wird. Überdies ist die Beauftragung eines nichtamtlichen Sachverständigen – anders als bei der Begutachtung durch Amtssachverständige – grundsätzlich für die Partei mit separaten Kostentragungsfolgen verbunden (§ 76 AVG). Diese Regelung bedeutet aus der Sicht eines Justizrichters eine nicht akzeptable Einschränkung bei der Wahl der Beweismittel, die der Richter zur objektiven Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts für notwendig hält. In Wirklichkeit ist diese Regelung nahezu ein strukturelles Beweismittelhindernis, das mit dem Grundsatz der freien richterlichen Beweismittelwürdigung unvereinbar ist. Damit soll natürlich weder die Sachkunde noch das Bemühen der Amtssachverständigen um eine möglichst wahrheitsgetreue Ermittlung des Sachverhalts in Frage gestellt werden. Dieses Prinzip bewirkt aber, dass Verwaltungsgerichte, die § 52 AVG anwenden müssen, in der in vielen Fällen entscheidenden Sachverhaltsfrage wieder nur auf das Fachwissen der Verwaltungsbehörde, die nunmehr im Verwaltungsgerichtsverfahren die beklagte Partei ist, verwiesen werden. Verwaltungsgerichte sind damit Einrichtungen, denen die Möglichkeit eigener Tatsachenkognition fehlt und die daher nicht als Gerichte – Tribunale – im Sinne des Art 6 Abs 1 MRK anzusehen sind. Die Einschränkung bloß auf eine materiell- und verfahrensrechtliche Überprüfung eines außerhalb des Gerichtsverfahrens festgestellten Sachverhalts ist meines Erachtens nach der Verfassungsbestimmung des Art 6 Abs 1 MRK für ein Tribunal nicht ausreichend.

3.2. Um den Erfordernissen des Art 6 Abs 1 MRK zu genügen, halte ich es für notwendig, dass den Verwaltungsgerichten in einem eigenen Verfahrensgesetz die Möglichkeit eines Sachverständigenbeweises nach dem Vorbild der Justizgerichtsverfahren eingeräumt wird. Denn es müssen für Verwaltungssachen, die unter das Regime des Art 6 Abs 1 MRK fallen, die gleichen Prinzipien gelten, wie für die Verfahren vor Justizgerichten.

Ich rufe diese Verfahrensgrundsätze in Erinnerung:

Sachverständige sind zunächst als Beweismittel Erkenntnis- und Informationsquelle für den Rechtsanwender. Als fachkundige Berater legitimieren sie darüber hinaus die behördliche Entscheidung durch ihre Qualifikation und Autorität als unabhängige Fachleute. Man spricht daher auch von einer Begründungs- und Legitimationsfunktion. Bei schwierigen Fachfragen können Entscheidungsorgan, Parteien und interessierte Öffentlichkeit das Gutachten oft weder nachvollziehen noch fachlich überprüfen, sie können nur der fachlichen Autorität und Integrität des Sachverständigen vertrauen. Eine inhaltliche Kontrolle des Gutachtens ist – ausgenommen durch ein weiteres Sachverständigengutachten, eine Oberbegutachtung – weitgehend ausgeschlossen.

Der Sachverständige ist daher nicht einfach eines von mehreren Beweismitteln, sondern vor allem ein von den Parteien unabhängiges, zur Objektivität verpflichtetes Hilfsorgan des Gerichts, der Staatsanwaltschaft oder eben auch eines Verwaltungsgerichts. Diese Sonderstellung unter den Beweismitteln ist einerseits dadurch gekennzeichnet, dass der Beweiswürdigung des Entscheidungsorgans durch die fehlende Sachkunde sehr enge Grenzen gesetzt sind, andererseits dass dem Sachverständigenbeweis durch seine erhöhte Beweiskraft gegenüber dem reinen Personalbeweis (Zeugenbeweis, Parteienvernehmung) eine dominierende Bedeutung zukommt. Denn die schwer zu beherrschenden Störfaktoren beim Personalbeweis – Wahrnehmungs-, Merk- und Wiedergabefähigkeit, Frage des Willens zur Wahrheit usw. – verstärken den Beweiswert des Sachbeweises, des Urkunden-, Augenscheins- und vor allem des Sachverständigenbeweises. Alle diese Beweismittel sind bei sorgfältiger Handhabung schwer zu manipulieren und garantieren mehr Objektivität bei der Ermittlung des Sachverhalts.

Diese herausragende Bedeutung von Sachverständigen für die Rechtspflege, die von manchen als „Allmacht“ der Sachverständigen und „Ohnmacht“ der Betroffenen empfunden wird (vgl. *Krammer*, Die „Allmacht“ des Sachverständigen – Überlegungen zur Unabhängigkeit und Kontrolle der Sachverständigentätigkeit [1990]), ist aber nicht nur für das Anforderungsprofil für Sachverständige – Sachverstand, Objektivität, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit – entscheidend, sondern erfordert auch starke und wirkungsvolle Kontrollmechanismen. Neben der verfahrensleitenden Funktion des Richters ist vor allem die verfahrensrechtliche Kontrolle der Sachverständigentätigkeit durch die Parteien wichtig.

Davon ausgehend ergeben sich drei tragende Grunderfordernisse für den Sachverständigenbeweis:

- Es muss eine besonders hohe Sachkunde gewährleistet sein.
- Weiters müssen Objektivität, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Sachverständigen gesichert werden.
- Schließlich müssen hinsichtlich der Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Parteien, insbesondere zur Wahrung des rechtlichen Gehörs, auch die verfassungsrechtlichen Standards des Art 6 Abs 1 MRK zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens beachtet werden.

Zu der nach Art 6 Abs 1 MRK gebotenen Fairness des Verfahrens gehört auch das in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte entwickelte und vom VfGH übernommene „Prinzip der sichtbaren Gerechtigkeit“, das durch den aus dem angloamerikanischen Rechtsbereich stammenden Satz „justice must not only be done, it must also be seen to be done“ charakterisiert wird. Auch die Verfahrensbestimmungen über den Sachverständigenbeweis, insbesondere über die Beteiligungs- und Kontrollrechte der Parteien, aber auch die Verfahrenswirklichkeit müssen diesem Grundprinzip entsprechen.

3.3. Das besondere Problem mit den Amtssachverständigen liegt darin, dass ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in Literatur und Judikatur immer wieder zu Recht in Zweifel gezogen wird. Treffend hat dazu der VfGH (1. 12. 1986, B 616/85, B 448/86, JBl 1987, 511) die Meinung vertreten, dass in einem fairen Verfahren die Möglichkeit gesichert sein müsse, dass die Verfahrensparteien gegen einen Sachverständigen argumentieren und nötigenfalls polemisieren können. Dieses Recht sei etwa bei einem Amtssachverständigen, der Mitglied des entscheidenden Senats sei, nicht gewährleistet. Die Partei und die Öffentlichkeit könnten in Zweifel geraten, ob unparteiisch Recht gesprochen wird. Ebenso wurde auch die Verknüpfung der Stellung des Amtssachverständigen mit einer Amtspartei, die gegen einen ihrem Gutachten widersprechenden Bescheid Berufung einlegen kann, als unsachlich angesehen (VfGH 1. 12. 2000, G 88/00, VfSlg 16.029). Schließlich hat der VfGH (12. 3. 2003, B 482/01, VfSlg 16.827) ausgesprochen, dass durch die Betrauung eines stimmführenden Mitglieds des Agrarsenats mit der Erstattung eines Gutachtens in einem zivilrechtliche Ansprüche betreffenden Sonderteilungsverfahren bezüglich Ausscheidung eines Gutes aus einer Agrargemeinschaft Zweifel an der Unbefangenheit und Neutralität der Mitglieder der belangten Behörde erweckt werden und dass dadurch die Partei im Recht auf ein Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Tribunal (Art 6 Abs 1 MRK) verletzt wird. Das „Prinzip der sichtbaren Gerechtigkeit“ verlangt eine gewisse Unabhängigkeit des Sachverständigen, und zwar nicht nur von den Parteien, sondern auch von der entscheidenden Behörde.

Bei einem erstinstanzlichen Verfahren vor einem Verwaltungsgericht ist vor allem zu bedenken, dass der Amtssachverständige, der in den entscheidenden Fachfragen die Weichen stellt, der Verwaltungsbehörde und Gebietskörperschaft zuzuordnen ist, die nun vor dem Verwaltungsgericht beklagte Partei ist.

Die aus dem Naheverhältnis von Amtssachverständigen zur Verwaltungsbehörde resultierenden Bedenken bezüglich der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Sachverständigen können – ungeachtet aller Verteidigungsversuche (vgl etwa *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch des Sachverständigenrechts [2006] Rz 2.072 f und die dort angeführte Judikatur und Literatur) – meines Erachtens nicht widerlegt werden. Weder die Möglichkeit, einen Amtssachverständigen wegen Befangenheit ablehnen zu können (§ 53 iVm § 7 AVG) noch die im Bundesverfassungsgesetz BGBl I 2008/2 erfolgte Änderung des Art 20 Abs 2 B-VG, die die Möglichkeit eröffnet, durch einfaches Gesetz Organe „zur sachverständigen Prüfung“ weisungsfrei zu stellen, vermögen etwas an dieser Einschätzung zu ändern.

Diese neue Verfassungsbestimmung möchte wohl den alten Streit, inwieweit Amtssachverständige bei ihrer Arbeit Weisungen unterliegen (vgl dazu *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch, Rz 2.008 bis 2.023), beilegen und entsprechende Anordnungen dem einfachen Gesetzgeber

überlassen. Gleichzeitig muss aber nach diesem neuen Art 20 Abs 2 B-VG der Gesetzgeber bei Weisungsfreiheit ein angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorsehen. Um allfälligen „Übermut“ weisungsfrei gestellter Organe, etwa der Amtssachverständigen, nicht aufkommen zu lassen, ordnet Art 52 Abs 1a B-VG neu überdies ein Aufsichtsrecht der zuständigen Ausschüsse des Nationalrats und des Bundesrats über diese weisungsfreien Organe an. Wo bleibt da die Unabhängigkeit des Sachverständigen? Bei weisungsfrei gestellten Amtssachverständigen, die von künftigen Verwaltungsgerichten herangezogen werden, bedeutet dieses Aufsichtsrecht von Organen der Gesetzgebung wohl aber auch eine fundamentale Verletzung des Verfassungsprinzips der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Rechtsprechung, die doch wohl auch für Verwaltungsgerichte gelten sollte.

Zur Unabhängigkeit der Rechtsprechung gehört grundsätzlich auch die Unabhängigkeit der Sachverständigen. Nach moderner Prozesslehre können aber nicht nur persönliche Gründe – wie Freundschaft und Feindschaft, Voreingenommenheit und Vorbefasstsein – die volle Unbefangenheit eines Richters oder Sachverständigen beeinträchtigen, es sind auch Überlegungen zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit zu beachten. Bei einem Sachverständigen, der einer Behörde beigegeben ist oder ihr als amtlicher Sachverständiger zur Verfügung steht, wird diese wirtschaftliche Unabhängigkeit aufgrund des Anstellungs- oder Auftragsverhältnisses sehr oft fraglich sein. Dazu kommt eine beträchtliche Identifikationsproblematik, die für eine unabhängige, objektive und unparteiliche Gutachterarbeit nicht förderlich ist.

Im Übrigen vermag ich der Argumentation in Lehre und Rechtsprechung (vgl *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch, Rz 2.072), dass alle diese Bedenken keine Rolle spielen, weil im Verwaltungsverfahren bei der Beweiswürdigung zwischen Amts- und Privatgutachten kein Unterschied gemacht wird, aus mannigfachen Gründen nicht zu folgen. Denn der Privatgutachter hat es bei der Erarbeitung der Sachverhaltsgrundlagen unvergleichlich schwerer als der Amtssachverständige, vor allem aber führt das Privatgutachten zu Kostenfolgen, die die Parteien in vielen Fällen von einer Beauftragung von Privatsachverständigen abhalten werden. Würden aber die für ein Privatgutachten überaus nachteiligen Kostenfolgen des § 76 AVG durch eine Gesetzesänderung zurückgenommen, so wäre dennoch zu bedenken, dass durch eine Förderung von Privatgutachten zulasten der Gerichtsgutachten das österreichische Verfahrensrecht dem angloamerikanischen Prozesssystem in problematischer Weise – nämlich Wohlhabende begünstigend – wieder ein Stück näher rücken würde, weil dann die Kläger im Verwaltungsgerichtsverfahren vermehrt diese Möglichkeit nutzen müssten.

Ich meine, dass der vom Gericht beauftragte Sachverständige, der sich in den Justizverfahren durch mehr als 100 Jahre überaus bewährt hat, auch die richtige Lösung für Verfahren vor Verwaltungsgerichten erster Instanz wäre. Diese neuen Gerichtssachverständigen für die Verwal-

tungsgerichte könnten nach dem bestens eingeführten System des Sachverständigen- und Dolmetschergesetzes (SDG) einer gerichtlichen Zertifizierung und Rezertifizierung von Fachleuten organisiert werden.

4. Schlussfolgerungen

Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz mit Verzicht auf den administrativen Instanzenzug halte ich nur dann für eine sinnvolle Verbesserung des Rechtsschutzes, wenn diese Verwaltungsgerichte nicht nur Rechtsinstanz, sondern auch Tatsacheninstanz sind. Dann muss aber auch in einem Verfahrensgesetz, ähnlich wie in den Justizverfahrensgesetzen, der Sachverständigenbeweis als ein vom Verwaltungsgericht anzuordnender und zu überwachender Beweis eigens geregelt werden. Eine Verweisung auf die §§ 52 ff AVG ist nicht sachgerecht und entspricht auch nicht Art 6 Abs 1 MRK.

So hat Rechtsanwalt Dr. *Wilfried Ludwig Weh* bei einer Diskussion über die Zwischenbilanz und Perspektiven des Österreich-Konvents (abgedruckt in *ÖJK*, Der Österreich-Konvent – Zwischenbilanz und Perspektiven [2004] 191 f) nach einem Erfahrungsbericht über die Handhabung des

Sachverständigenbeweises durch einen unabhängigen Verwaltungssenat – mit Heranziehung immer desselben problematischen Amtssachverständigen der belangten Verwaltungsbehörde – eine Neuregelung des Sachverständigenbeweisrechts als vordringliches Anliegen bei einer Neugestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bezeichnet.

Die Einführung einer umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich sollte daher für allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige ein neues, bedeutendes und umfangreiches Betätigungsfeld erschließen. Die ausgezeichneten, langjährigen Erfahrungen der Justizgerichte mit dieser stetig fortentwickelten Einrichtung professioneller, aber unabhängiger Sachverständiger sollte den Gesetzgeber motivieren, diese Form der Vermittlung von Sachkunde auch für Verfahren vor Verwaltungsgerichten erster Instanz vorzusehen. Für Verwaltungsmaterien, die dem Regime des Art 6 Abs 1 MRK unterfallen, halte ich eine solche Regelung für zwingend geboten, bei anderen Verfahren vor Verwaltungsgerichten wird sie meines Erachtens in bestimmten Fällen eine überaus nützliche, der Wahrheitsfindung dienende Alternative gegenüber einer weiteren und wiederholten Befassung der Amtssachverständigen des vorangegangenen Verwaltungsverfahrens sein.