

Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2015

Das Sachverständigenwesen scheint immer mehr verrechtlicht zu werden. Zumindest die zunehmende Anzahl der einschlägigen höchstgerichtlichen Entscheidungen deutet darauf hin: Im Berichtszeitraum Mai 2014 bis April 2015 finden sich etwa schon 40 Urteile Sachverständige betreffend. Der folgende Rückblick muss daher aus Platzgründen auswählen, wie das auch schon beim gleichnamigen Vortrag am 26. 4. 2015 beim Brandlhofseminar der Fall war. Für wichtige Vorarbeiten danke ich wieder Frau Mag^a. *Beate Geretschläger*, die am Institut für Umweltrecht der JKU Linz als Projektassistentin tätig ist.

1. Amtssachverständige – nichtamtliche Sachverständige – Kognitionsbefugnis bei den Verwaltungsgerichten

Gleich anfangs eine erfreuliche Entwicklung: Die auch hier am Brandlhofseminar immer wieder geäußerte Kritik am Vorrang der Amtssachverständigen bei den Verwaltungsgerichten hat doch Früchte getragen. Eine (fast) **revolutionäre Entscheidung des VfGH**:

VfGH 7. 10. 2014, E 707/2014, SV 2015/1, 31 (Attlmayr) – Befugnis des Amtssachverständigen: Anlassfall war die Beiziehung eines Amtssachverständigen durch ein Landesverwaltungsgericht bei der Entscheidung über eine Nachbarbeschwerde gegen die Errichtung eines Pferdebestalls (Pferdeparavallons, Pferdeeinstand, Futterkrippe). Das Grundstück ist von drei Wohnhäusern eingeschlossen, die Anlagen wurden bereits vor Baugenehmigung errichtet. Der vom LVwG Tirol bestellte Amtssachverständige der Tiroler Landesregierung verneinte eine Pensionspferdehaltung (dann wäre Bezirksverwaltungsbehörde zuständig gewesen), bejahte hier landwirtschaftliche Nebentätigkeit (daher Gemeinde zuständig).

Ein Nachbar erhebt Beschwerde wegen Verletzung von Art 7 B-VG, des Rechts auf ein faires Verfahren im Sinne des Art 6 EMRK bzw des Art 47 GRC. Der Amtssachverständige war auch im behördlichen Verfahren tätig (allerdings nur im vorgelagerten Widmungsverfahren). Der VfGH lehnt nun zwar eine strukturelle (Anscheins-)Befugnis von Amtssachverständigen ab, aber:

„Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist die Heranziehung von Amtssachverständigen auch in Verfahren vor Verwaltungsgerichten grundsätzlich zulässig: ... Aus der fachlichen Weisungsfreiheit des Amtssachverständigen bei Erstattung seines Gutachtens kann jedoch nicht

gefolgert werden, dass das Verwaltungsgericht in jedem Fall Amtssachverständige heranziehen darf. Das Verwaltungsgericht muss vielmehr stets prüfen, ob ein Amtssachverständiger unbefangen, unter anderem also tatsächlich unabhängig von der Verwaltungsbehörde ist, deren Bescheid beim Verwaltungsgericht angefochten wird. Ob dies der Fall ist, hat das Verwaltungsgericht stets nach den Umständen des Einzelfalls mit der gebotenen Sorgfalt zu untersuchen und zu beurteilen ... Dies setzt auch voraus, dass das Verwaltungsgericht selbst die Auswahl des Amtssachverständigen vornimmt (und nicht etwa einer anderen Stelle überlässt) und dabei dessen Qualifikation und das Vorliegen etwaiger Befangenheitsgründe bzw Gründe für den Anschein der Befangenheit dieses Amtssachverständigen prüft. ... Die in § 17 TLVwGG vorgesehene Beiziehung von Amtssachverständigen verstößt auch nicht gegen den in Art 94 Abs 1 B-VG normierten Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung, weil es sich beim Amtssachverständigen zwar um einen organisatorisch zur Staatsfunktion Verwaltung zählenden Organwalter handelt, der von einem Gericht beigezogen wird, dieser aber nur als Hilfsorgan des Verwaltungsgerichts an der Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes mitwirkt. Selbständige hoheitliche Befugnisse kommen einem Amtssachverständigen somit nicht zu; die Entscheidungsbefugnis obliegt allein dem Verwaltungsgericht (vgl Pürgy, Die Mitwirkung von Sachverständigen im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, ÖJZ 2014, 391).“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Anmerkung: Vgl zum Erkenntnis schon *Thoma*, Der Sachverständigenbeweis in Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, SV 2015/1, 4.

Der VfGH hat also unmissverständlich ausgesprochen, dass das Verwaltungsgericht stets prüfen muss, ob ein Amtssachverständiger tatsächlich unabhängig von der Verwaltungsbehörde ist und es muss auch selbst die Auswahl der Amtssachverständigen vornehmen. Die Gutachten seien auch den Amtssachverständigen persönlich zurechenbar, davon gingen auch die Straftatbestände der §§ 288 und 289 StGB aus. Beizufügen ist allerdings zweierlei: Erstens besteht kaum ein zivilrechtliches Haftungsrisiko (nur bei Regress ab grober Fahrlässigkeit). Zweitens ist der Amtssachverständige eher weniger Hilfsorgan denn – so die Faktizität – „Herr des Verfahrens“.

Manche meinen nun sogar, dass mit diesem Erkenntnis der Vorrang der Amtssachverständigen in der Sache „de

facto“ beseitigt sei (vgl. *Attlmayr*, SV 2015/1, 36 [36]). Das würde ich noch bezweifeln. Aber jeder Amtssachverständige, der bereits im Behördenverfahren in erster Instanz tätig war, muss mit einer Überprüfung der Unbefangenheit bzw. Ablehnung rechnen. Unterlässt das Verwaltungsgericht die Überprüfung, so wird ein Verfahrensfehler vorliegen.

Auch ob den Verwaltungsgerichten damit nicht Steine statt Brot gegeben worden sind, wird sich erst weisen. Viele Fragen sind noch offen und meines Erachtens auch vom EGMR bzw. EuGH zu klären:

- **Tatsächliche Unabhängigkeit?** Diese ist immer nach objektiven Umständen zu prüfen. Von prominenter Seite (vgl. *Pabel*, Der Amtssachverständige im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, ZVG 2015, 20 [24]; dieser folgend *Merli/Ehrke-Rabel*, Die belangte Behörde in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit – Vergleich und Bewertung, in *Ehrke-Rabel/Merli*, Die belangte Behörde in der neuen Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit [2014] 167 [192 ff]) wird eine solche dann **nicht** vorliegen, wenn 1.) der Sachverständige in konkretem Fall wichtig und strittig ist, 2.) Organe der belangten Behörde Einfluss auf die berufliche Situation des Sachverständigen haben, 3.) die belangte Behörde ein Interesse an einer bestimmten Aussage oder an einem bestimmten Verfahrensausgang hat. Diese Voraussetzungen werden meines Erachtens wohl oft, ja wohl fast immer vorliegen.
- Ob die Praxis, wonach die Behörden Listen der Amtssachverständigen zur Verfügung stellen (samt jeweiligem Fachgebiet), dem Gebot der Selbstauswahl entspricht, ist ebenfalls zu bezweifeln (selektive Vorauswahl durch Behörde?).
- Gegen die Heranziehung von Amtssachverständigen, die bereits im behördlichen Verfahren tätig gewesen sind, spricht viel; zu verweisen ist nun auf die durchaus sehr ähnliche Frage, ob ein Sachverständiger, der im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft herangezogen worden ist, auch im strafrechtlichen Hauptverfahren tätig sein darf; nach neuester Rechtsprechung des VfGH kann ein solcher nun von Angeklagten abgelehnt werden (vgl. unten Punkt 4.).
- **Zur Kostenfrage:** Von Verwaltungsseite war Hauptargument für die Bestellung von Amtssachverständigen stets die Kostenbelastung des Bürgers bei nichtamtlichen Sachverständigen. Chancen hatte dieser aber meist auch nur bei einem (selbst finanzierten) Privatgutachten. Würden nun Verwaltungsgerichte aus Gründen der Nichteignung des zügigen Verfahrens oder eben wegen Befangenheit des Amtssachverständigen einen nichtamtlichen Sachverständigen bestellen, soll nach bisheriger Judikatur auch der Antragsteller in behördlichen Verfahren mit den Kosten belastet sein (§ 76 AVG; vgl. *Pabel*, ZVG 2015, 24; *Fister*, Kosten und Gebühren im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, ÖJZ 2013, 1045; anders nur bei Verschulden des anderen Beteiligten). Das ist freilich schon aus Gleichheitsgründen sehr

zu hinterfragen und wohl auch vom Wortlaut des § 52 AVG nicht gedeckt (nur bei eigenem Antrag!).

- **Ausblick auf den EGMR:** Dieser sieht einen die Waffengleichheit störenden Mangel auch in Fällen, **in denen der Sachverständige einer Behörde angehört, die Partei eines Verfahrens ist.**

VwGH 26. 6. 2014, Ro 2014/03/0063 – Kognitionsbefugnis: Die neue Rechtsprechung des VfGH würde allerdings auch wenig nützen, wenn die Landesverwaltungsgerichte in der Regel nur kassieren, nicht aber selbst ein Beweisverfahren durchführen können. Dies war meine zweite Sorge wegen der restriktiven Ausnahmen in Art 130 Abs 4 B-VG (nur bei feststehendem Sachverhalt oder im Interesse der Raschheit oder erheblicher Kostenersparnis). Sonst müsste alles wieder zurück an den Start und damit auch zu den Amtssachverständigen.

Der **VwGH** hat allerdings diese meine Sorge überraschend beseitigt. **Die Landesverwaltungsgerichte müssen danach grundsätzlich selbst in der Sache entscheiden:**

„Daraus ergibt sich, dass durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 nicht nur die ... Errichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz erfolgte, sondern damit auch ein prinzipieller Vorrang der meritorischen Entscheidungspflicht durch die Verwaltungsgerichte festgelegt wurde ...

Vor diesem Hintergrund kann ... auch nicht gesagt werden, dass das Amtswegigkeitsprinzip des § 39 Abs 2 AVG für die Verwaltungsgerichte bloß subsidiär (insbesondere unter Aussparung von ‚Detailfragen‘) zum Tragen käme, ist doch dieses im Grunde des § 17 VwGVG auch für die Verwaltungsgerichte maßgebliche Prinzip jedenfalls in den der grundsätzlichen meritorischen Entscheidungspflicht unterliegenden Fällen im Rahmen der von diesen Gerichten zu führenden Ermittlungsverfahren zu beachten ... In diesem Rahmen besteht für die Verwaltungsgerichte ... auch nicht bloß ‚höchstens eine ergänzende Sachverhaltsermittlungskompetenz‘, wobei die Hinweise auf das Erfordernis einer Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Sachverhaltsermittlungskompetenz im Interesse der Hintanhaltung jeglichen Anscheins einer fehlenden Unabhängigkeit schon angesichts der Stellung der Mitglieder der Verwaltungsgerichte als Richter iSd Art 134 Abs 7 B-VG nicht nachvollziehbar erscheinen. Letzteres gilt ebenso für die Hinweise, wonach die bei den Verwaltungsbehörden verbleibenden ‚politischen Dispositionsbefugnisse‘ den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungs- und Ermittlungsumfang auch für den Bereich, in welchem die Verwaltungsgerichte in der Sache zu entscheiden haben, limitieren würden, zumal nach Art 18 B-VG gerade (auch) die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf und sich derart nicht nur die Entscheidungszuständigkeiten der Verwaltungsgerichte, sondern auch die der Verwaltungsbehörden als rechtliche, in gesetzlicher Bindung handzuhabende Befugnisse darstellen. ...

Die Verwaltungsgerichte haben nicht nur bei Vorliegen der in den Z 1 und Z 2 des § 28 Abs 2 VwGVG genannten Voraussetzungen in der Sache selbst zu entscheiden, sondern nach Maßgabe des § 28 Abs 3 VwGVG grundsätzlich auch dann, wenn trotz Fehlens dieser Voraussetzungen [nämlich: Sachverhalt steht fest oder im Interesse der Raschheit oder erheblicher Kostenersparnis – Anmerkung des Verfassers] die Verwaltungsbehörde dem nicht unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. ...

Damit normiert § 28 VwGVG für die **überwiegende Anzahl der Fälle die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, in der Sache selbst zu entscheiden**. Derart wird (wie erwähnt) der sich schon aus Art 130 Abs 4 B-VG ergebenden Zielsetzung, dass die Verwaltungsgerichte grundsätzlich in der Sache selbst entscheiden sollen, Rechnung getragen.

Vor dem Hintergrund dieser in § 28 VwGVG weitreichend umgesetzten Zielsetzung sind die nach § 28 VwGVG verbleibenden Ausnahmen von der (meritorischen) Entscheidung in der Sache selbst strikt auf den ihnen gesetzlich zugewiesenen Raum zu beschränken.

Vergleichbares gilt für die Voraussetzungen der Z 1 und Z 2 des § 28 Abs 2 VwGVG, die angesichts dieser Zielsetzung so zu verstehen sind, dass einer meritorischen Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte so weitreichend entsprochen wird, als diese Voraussetzungen bei einer der Zielsetzung konformen (nicht restriktiven, sondern weiten) Deutung als gegeben angenommen werden können. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der Rechtsprechung, nach der Ausnahmestimmungen grundsätzlich restriktiv zu verstehen sind (vgl VwGH vom 26. Februar 2014, Ro 2014/02/0066, und VwGH vom 22. Dezember 2012, 2008/07/0080).“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Anmerkung: Mangels obiger Voraussetzungen kann allerdings die Behörde der Sachentscheidung widersprechen (gemäß § 28 Abs 3 VwGVG entscheidet die kontrollierte Behörde unter bestimmten Voraussetzungen somit selbst, ob sie kontrolliert wird!). Soweit jetzt bereits erkennbar, lässt allerdings das **Bundesverwaltungsgericht** tendenziell wohl großzügiger als der VwGH **Ausnahmen** vom Prinzip der Sachentscheidung zu (vgl BVwG 13. 2. 2015, W200 2015791-1 [Gutachten enthält offensichtlich widersprüchliche Einschätzungen und ist lückenhaft und un schlüssig]; 12. 2. 2015, L518 2014820-1).

In methodischer Hinsicht entspricht das vom VwGH vertretene Gebot restriktiver Auslegung nicht der herrschenden Auffassung, wohl aber weitgehend der Meinung des Verfassers; vgl Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-Kommentar³, §§ 6, 7 ABGB Rz 31.

2. Haftung des Sachverständigen

Auch zur Haftung der Sachverständigen finden sich 2014/2015 für Sachverständige erfreuliche Tendenzen der Judikatur.

OGH 4. 6. 2014, 7 Ob 82/14f: Hochwassergefahr für eine konkrete Liegenschaft ist aus dem Wasserbuch und dem Flächenwidmungsplan nicht ersichtlich. Das Wasserbuch weist aber insofern keine Bestandsgarantie auf, was der Architekt nicht weiß.

„Es steht weiters fest, dass es **nicht zum Wissen eines mit den durchschnittlichen Fähigkeiten ausgestatteten Architekten oder allgemeinen Ziviltechnikers** gehört, welche Bestandsgarantie das Wasserbuch aufweist. ... Die Rechtsansicht der Vorinstanzen, dass hier auf diese Berufsgruppe und **nicht auf das Spezialwissen** des gerichtlich beeideten Sachverständigen abzustellen sei, ist nicht zu beanstanden. **Der Maßstab ist nicht die spezifische individuelle Erfahrung eines Mitglieds einer bestimmten Untergruppe eines Berufszweigs, sondern das durchschnittlich in der Branche (hier Architekten) zu erwartende Wissen.**“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Anmerkung: Dem OGH ist vorbehaltlos zuzustimmen, da hier ein **realitätsnaher, nicht überspannter Sorgfaltsmaßstab** angelegt wird.

OGH 26. 6. 2014, 6 Ob 83/14w – kein Schadenersatz bei aufrehtem Strafurteil: Der Kläger begehrt vom beklagten Sachverständigen Schadenersatz wegen eines fehlerhaften bzw mangelhaften Gutachtens. Der Kläger ist aus der Untersuchungshaft gegen Anwendung gelinderer Mittel entlassen worden.

„Allerdings kann in Strafsachen der **Verurteilte, solange das verurteilende Strafurteil aufrecht** ist, vom Sachverständigen, auf dessen Gutachten sich das Urteil stützt, **nicht Schadenersatz wegen unrichtiger Beurteilung** begehren ..., hat das **Zivilgericht** doch, solange das strafgerichtliche Erkenntnis nicht beseitigt ist, **bindend davon auszugehen**, dass der Verurteilte die im Strafurteil festgestellte Tat tatsächlich begangen hat ... Damit schließt es die Ausgestaltung des strafrechtlichen Rechtsschutzsystems aus, während des anhängigen Verfahrens eine Überprüfung der Ergebnisse des Strafverfahrens im Zivilverfahren herbeizuführen. Schon die Möglichkeit, derartige Klagen als Druckmittel zu missbrauchen, zwingt hier zu einer zurückhaltenden Beurteilung. Dabei geht es nicht nur um den Schutz der Person des Sachverständigen, **sondern auch der Funktionsfähigkeit der Justiz** insgesamt. ... Bejahte man hingegen die Möglichkeit, den Sachverständigen vor Beendigung dieser Maßnahmen mit einer auf die behauptete Unrichtigkeit des Gutachtens gestützten Schadenersatzklage zu belangen, käme es im Ergebnis auch in diesem Kontext zu einer Überprüfung des im Strafverfahren ergangenen Beschlusses auf Anordnung gelinderer Mittel anstelle der Verhängung beziehungsweise Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft ... **Ob der Sachverständige in dieser Funktion noch weiter am Strafverfahren beteiligt ist oder nicht, spielt dabei keine Rolle;** es geht – wie schon erwähnt ... – nicht nur um eine allfällige Druckausübung auf den Sachverständigen,

sondern auch um die formelle Frage der Bindungswirkung.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Anmerkung: Dieser Judikaturlinie ist uneingeschränkt zuzustimmen (vgl auch die nachfolgenden Entscheidungen).

OGH 9. 7. 2014, 2 Ob 106/14y – Rücktritt der Staatsanwaltschaft von der Anklage – keine Subsidiäranklage durch Privatbeteiligte:

„Sollte also der Beklagte schuldhaft ein unrichtiges Gutachten erstattet haben und diese Unrichtigkeit des Gutachtens den Kläger der weiteren Strafverfolgung ausgesetzt haben, würde der Beklagte dem Kläger für den dadurch verursachten Schaden ersatzpflichtig. ... Ob nämlich ein Gutachten – sei es richtig oder falsch – Ursache eines Schadens sein kann, lässt sich im Sinne der vorstehenden Ausführungen in der Regel erst beurteilen, wenn das Strafverfahren rechtskräftig beendet ist, sei es durch Verurteilung, sei es durch Freispruch oder Einstellung. Solange die rechtskräftige Anklage nicht erledigt ist, kann die Verjährungsfrist des § 1489 ABGB nicht zu laufen beginnen.“

Anmerkung: Hier ist das Strafverfahren durch rechtskräftigen Einstellungsbeschluss beendet worden und somit der Weg für einen Schadenersatzanspruch frei. Auch die Verjährungsfrist läuft.

OGH 30. 10. 2014, 8 Ob 36/14y – überhöhte Verteidigungskosten: Die Ausgestaltung des strafrechtlichen Rechtsschutzsystems schließt es aus, während des anhängigen Verfahrens eine Überprüfung der Ergebnisse des Strafverfahrens im Zivilverfahren herbeizuführen. Schon die Möglichkeit, derartige Klagen als Druckmittel zu missbrauchen, zwingt hier zu einer zurückhaltenden Beurteilung. Dabei geht es nicht nur um den Schutz der Person des Sachverständigen, sondern auch der Funktionsfähigkeit der Justiz insgesamt.

Würde man die Möglichkeit bejahen, den Sachverständigen bereits vor rechtskräftiger Beendigung des Strafverfahrens mit einer auf die behauptete Unrichtigkeit des Gutachtens gestützten Schadenersatzklage zu belangen, käme es im Ergebnis auch in diesem Kontext zu einer Überprüfung der im Strafverfahren ergangenen Entscheidung durch das Zivilgericht, zumal die erstinstanzliche Verurteilung sich (auch) auf die Würdigung der strittigen Gutachtenergebnisse gründet.

Anmerkung: Die vorigen Grundsätze gelten auch für Schadenersatz wegen überhöhter Verteidigungskosten aufgrund falscher Gutachten.

3. Enteignung und Entschädigung

OGH 26. 5. 2014, 8 Ob 84/13f – Zwangsservitut bei betrieblich genützter Liegenschaft (Gärtnerei) für U-Bahn-Bau: Einen höchst interessanten Fall einer Enteignungsentschädigung enthält die folgende OGH-Entscheidung:

Der Liegenschaftseigentümer führte einen Gärtnereibetrieb in Gewächshausbauweise. Infolge der Zwangsservitut für den Wiener U-Bahn-Betrieb **ist die verbliebene Fläche für den Betrieb nicht mehr verwendbar**. Der Betriebsinhaber geht in Pension, wobei nicht festgestellt wird, ob dies nur wegen der bevorstehenden „Enteignung“ erfolgt. Der OGH trifft sehr grundsätzliche Aussagen zur Enteignung von Betriebsflächen, die **überaus enteignetenfreundlich** ausfallen:

*„Maßgeblicher Zweck der Entschädigung ist der Ausgleich der Vermögensdifferenz, die der Enteignete durch das ihm abverlangte Sonderopfer erleidet. Die Feststellung der enteignungsbedingten Nachteile hat daher **konkret unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Enteigneten einerseits und unter Heranziehung eines objektiven Maßstabs** bei der Wertermittlung andererseits zu erfolgen. Auch Folgeschäden sind zu ersetzen, soweit sie nicht schon im Verkehrswert berücksichtigt wurden. ... Es ist dabei nicht nur auf die tatsächliche Nutzung zur Zeit der Enteignung abzustellen, sondern auf die **konkrete Möglichkeit der Verwendung**. ... Bei **Enteignung einer betrieblichen Liegenschaft ist neben der Entschädigung für das verlorene oder beeinträchtigte Eigentum auch jener Schaden zu vergüten, der durch die Nötigung zur Verlegung des Gewerbebetriebs entsteht, also die Verlegungs- und Übersiedlungskosten, der Ertragsausfall während der Verlegung, die Anlaufverluste am neuen Standort und allfällige Einbußen wegen des Verlustes von Standortvorteilen**. ... Für den vorliegenden Fall ergibt sich daraus, dass der Antragsteller allein mit dem Ersatz des merkantilen Minderwerts seines Grundstücks, des Zeitwerts der Glashäuser und der Abbruchkosten nicht adäquat entschädigt wäre. Der Antragsteller hat bis 31. 12. 2009 noch ein lebendes Unternehmen betrieben. **Auch im Zeitpunkt der Rechtskraft des – vom Antragsteller nicht bekämpften – Enteignungsbescheids wäre ihm aber eine weitere Nutzung des Gärtnereibetriebs rechtlich und wirtschaftlich möglich gewesen**. Aus den Feststellungen geht hervor, dass ein Weiterbetrieb der Gärtnerei nicht von der persönlichen Arbeitskraft des Antragstellers abhing, sondern er die Möglichkeit gehabt hätte, sie auch nach seiner Pensionierung ab 1. 1. 2010 zu einem monatlichen Zins von **2.000 EUR zu verpachten**. ... Die Möglichkeit der Verpachtung wurde dem Antragsteller durch den enteignungsbedingt notwendigen Abriss der Betriebsanlagen entzogen. ... Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen und der Antragsgegnerin **spielt es auch keine entscheidende Rolle, ob er ohne Dazwischentreten des Enteignungsverfahrens nicht in Pension gegangen wäre und die Gärtnerei selbst weitergeführt, oder ob er den Betrieb verpachtet hätte**. Es ist nicht einmal entscheidend (und bedurfte daher keiner Feststellung), ob der Antragsteller die Gärtnerei nach seinem Pensionierungsantritt tatsächlich verpachten hätte wollen, weil selbst ein freiwilliger Verzicht auf mögliche Einnahmen nur eine Form der nachträglichen Verfügung über eine im Enteignungszeitpunkt vorhandene Vermögensposition gewesen wäre, die den Enteigner nicht entlasten könnte. Der Antragstel-*

ler begehrt im vorliegenden Fall ohnehin nicht den Ersatz eines entzogenen Unternehmenswerts, sondern nur die mit 9 % des unstrittigen Verkehrswerts seiner von der Enteignung betroffenen Liegenschaft pauschalierten Nebenkosten der Wiederbeschaffung eines gleichwertigen, zum Betrieb einer Gärtnerei geeigneten Grundstücks. Diese Bemessung ist nachvollziehbar und sachgerecht ...“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Anmerkung: Die Begründungen des OGH zeigen die **großen Berechnungsprobleme bei Enteignung gewerblich genutzter Liegenschaften** auf, die ein eigenes Seminar füllen könnten. Hier kann nur punktuell darauf eingegangen werden (noch immer zum Thema bedeutsam die Ausführungen *Schlagers*, Bemerkungen zur betriebswirtschaftlichen und steuerlichen Begutachtung bei der Enteignung von unternehmerisch genutzten Liegenschaften, in *Rummel/Schlager*, Enteignungsentschädigung [1981] 207 ff):

- Richtig betont der OGH die **objektiv-konkrete Schadensberechnung**, ohne diese aber wirklich durchzuhalten. Wenn er die pauschalierten Kosten der Wiederbeschaffung in der Höhe von 9 % des Verkehrswerts selbst dann zuspricht, wenn feststeht, dass es zu keiner Wiederbeschaffung kommen wird, dann ist das rein abstrakte Schadensberechnung.
- Wenn der OGH auch für Ersatz des Unternehmenswerts plädiert (wohl zutreffend wegen konkreter Verwendungsmöglichkeit), dann können aber **nicht zusätzlich Verluste aus der Betriebsverlegung** angesetzt werden (so auch *Schlager*, Bemerkungen, 215).
- Wäre der Enteignete unabhängig von der Zwangsservitut jedenfalls in Pension gegangen, so hätte er in der Tat verpachten können. Insofern wird tatsächlich der kapitalisierte Pachtzins zu ersetzen sein.

VwGH 17. 12. 2014, 2012/06/0109 – Privatsachverständigenkosten: Das Erkenntnis behandelt zunächst spezifische, nicht allgemein bedeutsame Fragen des § 30 Abs 1 Burgenländisches Straßengesetz 2005. Es enthält aber auch **höchst interessante Probleme des § 44 EISBEG:**

„Im Übrigen ist aber davon auszugehen, dass von der Regelung des **§ 44 Abs. 1 EISBEG auch Kostenersatz für Aufwendungen für Privatsachverständige umfasst** ist (vgl in diesem Sinne bereits das hg Erkenntnis vom 18. Oktober 1973, ZI 279/73; dieses Erkenntnis hat zwar Sachverständigenkosten im Entschädigungsverfahren betroffen, seine Ausführungen zu § 44 EISBEG in der damaligen Fassung sind allerdings auch auf die hier gegenständliche Problematik übertragbar). Eine Einschränkung, wofür die konkreten Kosten angefallen sind, kennt § 44 Abs 1 EISBEG nämlich schon seinem Wortlaut nach nur dahingehend, dass die Kosten nicht durch ein ungerechtfertigtes Einschreiten hervorgerufen werden, nicht aber in Bezug darauf, für welche Art von Parteihandlungen die Kosten angefallen sind.“

Bei Privatsachverständigenkosten kommt es somit darauf an, ob im Sinne des § 44 Abs 1 EISBEG ein ungerechtfertigtes Einschreiten der Partei diese Kosten hervorgerufen hat. **Ein ungerechtfertigtes Einschreiten liegt dann vor, wenn es nach objektiven Maßstäben kein geeignetes Mittel für eine zweckdienliche Rechtsverfolgung sein kann** (vgl das zitierte hg Erkenntnis vom 18. Oktober 1973). Jede Rechtshandlung des Enteignungsgegners ist gesondert darauf zu prüfen, ob beziehungsweise inwieweit ein ungerechtfertigtes Einschreiten iSd § 44 Abs 1 EISBEG gegeben ist (vgl das zitierte hg Erkenntnis vom 21. Mai 1996, ZI 95/05/0121, sowie das hg Erkenntnis vom 29. Jänner 2008, ZI 2006/05/0252). Ausgehend davon kann etwa ein Sachverständigengutachten dann kein geeignetes Mittel für eine zweckdienliche Rechtsverfolgung nach objektiven Maßstäben sein, wenn es etwa keine Fachfragen, sondern nur Fragen der allgemeinen Lebenserfahrung betrifft (vgl zur Notwendigkeit eines Sachverständigengutachtens allgemein die hg. Rechtsprechung bei Walter/Thienel, *Verwaltungsverfahren I*, 2. Auflage, S 801, E 17 f). Auch ein Gutachten eines für die Behandlung einer bestimmten Fachfrage nicht berufenen Sachverständigen würde keiner zweckdienlichen Rechtsverfolgung dienen. **Entgegen der Auffassung der belangten Behörde in ihrer Gegenschrift ist aber ein Gegengutachten gegen ein Amtssachverständigengutachten keinesfalls als ungerechtfertigt anzusehen, bildet doch in der Regel ein solches Gegengutachten die einzige Möglichkeit, ein Sachverständigengutachten zu entkräften** (vgl die Judikaturnachweise bei Walter/Thienel, aaO, S 837 unter E 239 zitierte hg Rechtsprechung). Dabei schlägt es nichts, wenn der Privatsachverständige zum selben Ergebnis wie der Amtssachverständige kommt, kann doch nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass dies der Fall ist, und würde bei einer solchen Auffassung daher eine sachlich nicht gerechtfertigte und gleichheitsrechtlich bedenkliche Vorgangsweise vorliegen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass es ganz allgemein bei Kostenersätzen im Sinne des § 44 EISBEG gerade nicht darauf ankommt, ob die von der zu enteignenden Partei aufgewendeten Kosten letztlich zum Ziele geführt haben, ob also der Enteignungsantrag im Ergebnis ganz oder teilweise erfolgreich ist (vgl zB das zitierte hg Erkenntnis vom 7. November 2013, ZI 2010/06/0182).“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Anmerkung: Volle Zustimmung (zur Kostenfrage bei Bestellung von Amtssachverständigen vgl schon oben Punkt 1.).

OGH 22. 10. 2014, 1 Ob 178/14d – zur sukzessiven Kompetenz: Der Landeshauptmann von Oberösterreich bewilligte die Errichtung einer Abwasseranlage und verpflichtete einen Nachbarn zur Duldung der Anlage und der Verlegung eines Sickerschachts. Als Entschädigung wurden etwa € 10.000,- zuerkannt. Der Nachbar erhob einerseits Beschwerde beim LVwG Oberösterreich gegen die obigen Punkte, beim Außerstreitgericht beantragte er gemäß § 117 Abs 4 WRG zumindest € 50.000,-. Die Vor-

instanzen wiesen den Antrag zurück, weil die verwaltungsrechtliche Vorrage vorher entschieden werden müsse.

„Weiterhin spricht vieles dafür, dass § 117 Abs 4 Satz 2 WRG, der eine Bekämpfung der Entscheidung der Wasserrechtsbehörde nach Abs 1 ausschließlich durch Antragstellung beim Außerstreitgericht vorsieht, **in erster Linie die Fälle des § 117 Abs 1 WRG im Auge hatte**, nach dem über die Pflicht zu Leistung von Entschädigungen, Ersätzen, Beiträgen und Kosten, die entweder in diesem Bundesgesetz oder in den für die Pflege und Abwehr bestimmter Gewässer geltenden Sondervorschriften vorgesehen sind, (in erster Instanz) die Wasserrechtsbehörde entscheidet. Für derartige – ausschließlich die Leistung von Entschädigungen, Ersätzen, Beiträgen und Kosten betreffende – Bescheide erscheint es durchaus konsequent, zur Überprüfung allein und sofort den gerichtlichen Weg zu eröffnen. Anderes gilt allerdings – wie im vorliegenden Fall – für Entschädigungen, die nicht alleiniger Verfahrensgegenstand sind, sondern **vielmehr iSd § 117 Abs 2 WRG im Zusammenhang mit der Verleihung einer wasserrechtlichen Bewilligung oder der Einräumung eines Zwangsrechts festgesetzt werden, kann doch dort die Entschädigungsfrage nicht losgelöst vom endgültigen Schicksal des übrigen Bescheids vom Außerstreitgericht überprüft werden, sondern stellt sich diese letztlich überhaupt nur dann, wenn das Verfahren um Verleihung der wasserrechtlichen Bewilligung oder der Einräumung eines Zwangsrechts im positiven Sinn rechtskräftig abgeschlossen ist.**“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Anmerkung: Der OGH setzt damit zutreffend seine Judikatur (vgl OGH 5. 6. 2007, 1 Ob 95/07p) auch nach Einführung der Landesverwaltungsgerichte fort: Der 1. Senat verneint nicht – wie man auf den ersten Blick meinen könnte – die sukzessive Kompetenz der Zivilgerichte, fordert dabei aber zu Recht den rechtskräftigen **Abschluss der „Vorverfahren“**. Alles andere wäre wirklich nicht sinnvoll. Bei dieser Gelegenheit ist freilich auch darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber nun öfter dazu übergehen wird, die sukzessive Kompetenz der Zivilgerichte zugunsten eines Instanzenzugs an das Verwaltungsgericht abzuschaffen (vgl etwa § 59 Abs 8 Wiener Bauordnung [Kostensatz nach Bewilligung einer Grundabteilung]). Man sieht daran, wie wichtig dabei die Sachverständigenfrage ist.

4. Varia

VfGH 10. 3. 2015, G 180/2014 ua, SV 2015/2, 93 (Krammer) – Sachverständige im Strafverfahren: Dem Erkenntnis liegt ein Urteil des LG für Strafsachen Wien zugrunde: Drei wegen Untreue Angeklagte haben sich in der Hauptverhandlung erfolglos gegen einen Sachverständigen gewandt, der bereits im Ermittlungsverfahren seitens der Staatsanwaltschaft beigezogen worden war. Die – bekannten – Argumente: Anscheinsbefangenheit, keine Waffengleichheit, § 126 Abs 4 Satz 3 StPO sei verfassungswidrig.

„3.2. **Das Prinzip der Waffengleichheit stellt nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes sowie des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte einen der Wesenszüge des fairen Verfahrens** iSd Art 6 EMRK dar, weshalb der Gesetzgeber verhalten ist, den gerichtlichen Strafprozess so auszugestalten, dass jeder Partei angemessene Gelegenheit eingeräumt wird, ihren Fall **einschließlich aller ihrer Beweise unter solchen Bedingungen zu präsentieren, die keinen wesentlichen Nachteil gegenüber der Gegenpartei bedeuten** (vgl ua VfSlg 19.730/2012 mwN; EGMR 4. 4. 2013, Fall C. B., Appl 30.465/06, Z 37).

3.2.1. Wenngleich Art 6 EMRK den Sachverständigenbeweis nicht ausdrücklich erwähnt – Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantiert die Waffengleichheit beim Zeugenbeweis –, ergeben sich auch für diesen aus dem angeführten Grundrecht abzuleitende, den Gesetzgeber bindende Vorgaben:

So müssen entsprechende Regelungen sicherstellen, dass ein Sachverständiger grundsätzlich sowohl vom Entscheidungsorgan als auch von den Parteien in vergleichbarer Weise unabhängig ist wie das Entscheidungsorgan selbst; ferner ist das Verfahren so auszugestalten, dass die **Möglichkeit besteht, die Bestellung anderer Sachverständiger zu erwirken, die nicht in einem auch nur anscheinmäÙigen Abhängigkeitsverhältnis zu einer Verfahrenspartei stehen oder die – gleichsam compensando – das ‚Vertrauen der Gegenpartei‘ genießen** (vgl mwN Grabenwarter, Art 6 EMRK, in Korinek/Holoubek [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Rz 99 [2007]).

3.2.2. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat wiederholt ausgesprochen, dass die in Art 6 Abs 1 EMRK in der spezifischen Ausformung des Art 6 Abs 3 lit d EMRK verankerten Garantien auch in Ansehung des Sachverständigenbeweises zum Tragen kommen, wobei die **prozessuale Stellung des Experten während des gesamten Verfahrens sowie die Art und Weise seiner Funktionsausübung zu berücksichtigen sind** (EGMR 28. 8. 1991, Fall Brandstetter, Appl 11.170/84 ua, Z 42; EGMR 10. 7. 2012, Fall Gregacevic, Appl 58.331/09, Z 67). **Das nationale Recht muss hinreichende Schutzvorkehrungen bieten, die sicherstellen, dass die Fairness des Verfahrens und das Prinzip der Waffengleichheit garantiert sind** (EGMR, Fall C. B., Z 39 f; EGMR 11. 12. 2008, Fall Mirilashvili, Appl 6293/04, Z 190).

3.3. Der Oberste Gerichtshof geht in seinen Anträgen vor dem Hintergrund des § 126 Abs 2c StPO sowie angesichts des aus Art 6 Abs 1 EMRK erließenden Gebotes der Vermeidung überlanger Verfahrensdauer davon aus, § 126 Abs 4 letzter Satz StPO wohne das Verständnis inne, dass es dem erkennenden Gericht im Hauptverfahren nur dann erlaubt sei, einen anderen als den bereits im Ermittlungsverfahren im Auftrag der Staatsanwaltschaft tätig gewordenen – und deshalb dem äußeren Anscheine nach allenfalls nicht völlig unparteilich wirkenden – Sachverständigen zu bestellen, **wenn dessen Befund oder Gutachten mit**

(durch Befragung nicht auszuräumenden) formalen Mängeln behaftet ist.

Der angefochtene Teil des § 126 Abs 4 **dritter Satz** StPO schließt nach Auffassung des Obersten Gerichtshofes **die Geltendmachung des (vorangegangenen) Wirkens des Sachverständigen im Auftrag der Staatsanwaltschaft als Befangenheitsgrund schlechthin** – unabhängig von den Umständen des Einzelfalls – **aus**. Dies bedeute, dass es dem Angeklagten von Gesetzes wegen selbst dann verwehrt ist, das Vorliegen von Hinweisen auf eine objektive Befangenheit des Sachverständigen mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen, wenn der Sachverständige vom Staatsanwalt mit der Durchführung von Ermittlungen – allenfalls auch in Form eines Erkundungsbeweises (§ 103 Abs 2 iVm § 91 Abs 2 StPO) – betraut war und sich die Anklage primär auf dessen Expertise stützt.

3.4. Unter Zugrundelegung dieses vom antragstellenden Obersten Gerichtshof beigemessenen Inhalts ist die Vorschrift des § 126 Abs 4 letzter Satz StPO im angefochtenen Umfang aus den in den Anträgen vorgetragenen Gründen verfassungswidrig: **Denn eine Norm, die es dem Angeklagten im Hauptverfahren – in dem der Staatsanwalt dem Angeklagten als Anklagevertreter gegenübertritt – von vornherein und ausnahmslos verbietet, den vom Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren beauftragten Experten im Fall von objektiven, gegen dessen völlige Neutralität sprechenden Anhaltspunkten iZm seiner konkreten Tätigkeit im Ermittlungsverfahren als befangen abzulehnen, verstößt gegen das in Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantierte Gebot der Waffengleichheit.**

Der vom Obersten Gerichtshof in seiner Rechtsprechung vorgenommenen Auslegung folgend sind weder das dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren bzw dem Angeklagten im Hauptverfahren eingeräumte Recht, gegen den Sachverständigen Einwendungen – freilich aus anderen Gründen als unter dem Aspekt seines Wirkens im Ermittlungsverfahren – zu erheben, noch das Recht auf dessen Befragung in der Hauptverhandlung mit Unterstützung eines privaten Experten geeignet, dem Angeklagten eine Position zu verschaffen, die dem Grundsatz der Waffengleichheit entspricht (vgl EGMR 27. 10. 1993, Fall *Dombo Beheer B.V.*, Appl 14.448/88, Z 33).

Ausgehend davon, dass die Strafprozessordnung 1975 einen Anspruch des Angeklagten auf Bestellung eines anderen (neutralen) Sachverständigen im Fall der Behauptung des Vorliegens einer objektiven Befangenheit im aufgezeigten Sinn zwingend ausschließt, widerspricht die bekämpfte Regelung in § 126 Abs 4 letzter Satz StPO der in Art 6 Abs 1 EMRK in der spezifischen Ausformung des Art 6 Abs 3 lit d EMRK **verankerten Garantie** der Waffengleichheit.

Dieses Ergebnis hat allerdings nicht den generellen Ausschluss eines Sachverständigen allein aus dem Grund, dass er bereits im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft beigezogen wurde, für die Bestellung in der Hauptverhandlung zur Folge, sondern

führt vielmehr dazu, dass das Gericht im Rahmen einer Einzelfallprüfung eine allfällige Befangenheit anhand der Regelung des § 47 Abs 1 Z 3 iVm § 126 Abs 4 erster Satz StPO (Vorliegen von Gründen, die geeignet sind, die volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen) zu beurteilen hat.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Anmerkung: Wie bei den Amtssachverständigen wird also keine strukturelle Befangenheit angenommen, sondern **nur eine Ablehnungsmöglichkeit im Einzelfall**. Das Strafgericht hat die volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit zu prüfen. Das wird den Gerichten die Sache freilich auch nicht erleichtern.

OGH 28. 8. 2014, 12 Os 59/14i – Sachverständiger als Organ der Ermittlungsbehörde:

„Das bloße Verlangen einer Partei, neue Befunde und Gutachten anzufordern, um die vom beigezogenen Sachverständigen erbrachten Ergebnisse zu überprüfen, zielt jedoch auf eine unzulässige Erkundungsbeweisführung ab. ... Nur dann, wenn ein Sachverständiger **bei einem sehr allgemeinen Anfangsverdacht** von der Staatsanwaltschaft mit nicht weiter determinierten Erhebungen zu einer Straftat, insbesondere ohne Nennung eines konkreten Beweisthemas beauftragt wird und das vorhandene, nicht ohne Weiteres aussagekräftige Beweismaterial aufarbeitet und auf ein strafrechtliches Verdachtssubstrat hin untersucht, mutiert er von einem unabhängig agierenden Experten, der bei bestehender konkreter Verdachtslage zu einem Problemfeld mit Fachwissen Stellung nehmen soll, zu einem verlängerten Arm der Ermittlungsbehörden und damit funktional zu einem Organ der Ermittlungsbehörde. Wer in derselben Strafsache als Kriminalbeamter tätig war, darf nicht später als Staatsanwalt agieren und umgekehrt. Wer daher **inhaltlich als Ermittlungsorgan gewirkt hat, darf nicht später als Sachverständiger einschreiten**; vielmehr bewirkt eine solche funktional als Ermittlungsorgan erfolgte Vorbefassung sinngemäß **Befangenheit** nach § 47 Abs 1 Z 2 StPO iVm § 126 Abs 4 StPO (hierzu eingehend 12 Os 90/13x, EvBl 2014/48, 377 = JBl 2014, 336 mit Anm Schmoller).“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Anmerkung: Diese einschränkende Judikatur wird wohl nach dem VfGH-Erkenntnis nicht mehr aufrechterhalten werden können. Unter den genannten Voraussetzungen des konkreten Falles liegt **jedenfalls Befangenheit** vor.

VwGH 16. 12. 2014, 2013/03/0108 – Rechtsausführungen: Wenn die Beschwerde rügt, dass die Amtssachverständigen in ihren Gutachten auch **rechtliche Beurteilungen** vorgenommen hätten, wird eine Unschlüssigkeit der von diesen stammenden Gutachten nicht aufgezeigt, zumal der Umstand, dass ein Sachverständiger teilweise in Überschreitung seiner Aufgaben auf Rechtsfragen eingeht, nur zur **Unbeachtlichkeit dieser Teile** seiner Aussagen führt (vgl etwa VwGH 29. 9. 2008, 2006/03/0078).

Anmerkung: Grundsätzlich wird dem zuzustimmen sein. Führt aber eine unrichtige Rechtsausführung dazu, dass der **Gutachtauftrag verfälscht wird**, wird auch das Gutachten mangelhaft sein.

VwGH 9. 10. 2014, 2011/05/0159 – Privatgutachten hinsichtlich Gartenhütte: Eine Stellungnahme des Ingenieurbüros Dr. L. wird von einem bautechnischen Amtssachverständigen des Stadtbauamts positiv beurteilt.

„Es trifft zwar zu, dass nach Maßgabe des § 52 AVG Amtssachverständige oder von der Behörde bestellte sonstige Sachverständige heranzuziehen sind. Werden, wie hier, Gutachten anderer Sachverständiger (Privatgutachten) von einer Partei vorgelegt, sind diese grundsätzlich einer **Überprüfung durch Sachverständige im Sinne des § 52 AVG zu unterziehen; gegebenenfalls ist dann aber nicht noch ein (zusätzliches) Gutachten eines Sachverständigen im Sinne des § 52 AVG notwendig** (vgl das hg Erkenntnis vom 8. April 2014, ZI 2011/05/0071, mwN). Da im vorliegenden Fall die Stellungnahme des Ingenieurbüros Dr. L., wie sich aus den Ausführungen im Berufungsbescheid im Zusammenhalt mit dem Akteninhalt ergibt, hinsichtlich der Bemessung des Sickerschachtes von einem bautechnischen Amtssachverständigen des Stadtbauamtes **positiv beurteilt** worden ist, liegt ein Verstoß gegen § 52 AVG nicht vor.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Vgl auch VwGH 24. 6. 2014, 2013/05/0148:

„Die belangte Behörde hat, ausgehend von den vorstehenden Überlegungen zutreffend, in ihrer Bescheidbegründung auf die von der mitbeteiligten Partei vorgelegte statische Bemessung und den Ingenieurbefund sowie auf das Bodengutachten verwiesen. Allerdings hat die belangte Behörde diese Unterlagen nach der Aktenlage nicht von einem Amtssachverständigen überprüfen lassen. Werden nicht nach Maßgabe des § 52 AVG Amtssachverständige oder von der Behörde bestellte sonstige Sachverständige herangezogen, sondern Gutachten anderer Sachverständiger (Privatgutachten) von einer Partei vorgelegt, **so sind diese einer Überprüfung durch Sachverständige im Sinne des § 52 AVG zu unterziehen** (vgl zB das hg Erkenntnis vom 8. April 2014, ZI 2011/05/0071).“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

VwGH 4. 9. 2014, 2010/12/0123 – unschlüssiges Gutachten eines Amtssachverständigen zur Arbeitsplatzbewertung:

„Die Behörde wird ... der Anforderung, ihre Beurteilung (auch um den Anforderungen an eine **nachvollziehbare Bescheidbegründung** gerecht zu werden, vgl § 60 AVG) auf ein schlüssiges und widerspruchsfreies Sachverständigengutachten zu stützen, **nicht gerecht, wenn sie dann, wenn sie ein Sachverständigengutachten für nicht schlüssig erachtet, ihre fachliche Beurteilung an die Stelle der Sachverständigenbeurteilung setzt.** Vielmehr ist die Behörde in einem solchen Fall gehalten, den Amtssachverständigen unter Vorhalt ihrer Überlegungen zur Ergänzung seines Gutachtens aufzufordern oder **erforderli-**

chenfalls ein weiteres Gutachten einzuholen (vgl etwa die hg Erkenntnisse vom 5. März 2014, ZI 2012/05/0086, und vom 24. April 2013, ZI 2011/03/0208). **Dies gilt auch für den Fall, dass die Appobandin über eigene Fachkenntnis verfügt.** ... Diese Bedenken müssen umso mehr gelten, wenn – wie im Beschwerdefall – der Entscheidungsträger, ohne formell als Sachverständiger im Sinne des AVG aufzutreten, seinen Sachverstand einsetzt, um letztlich zu einem anderen Ergebnis zu gelangen. **Seine Neutralität als ‚informeller‘ Sachverständiger einerseits und seine Unbefangenheit als Entscheidungsträger andererseits muss auf Grund der Vereinigung dieser Funktionen in einer Person, als höchst zweifelhaft angesehen werden, wobei noch dazu kommt, dass die den bestellten Sachverständigen in seiner Funktion treffenden Pflichten wegfallen.** ... Weiters sind vor der **Bewertung eines Arbeitsplatzes** die tatsächlichen Verhältnisse festzustellen. Die faktischen Verhältnisse während eines längeren, zu beurteilenden Zeitraumes sind daher von der Dienstbehörde amtswegig zu ermitteln und sodann dem Sachverständigen zur Erstellung seines Gutachtens für den gesamten Zeitraum vorzugeben (vgl das hg Erkenntnis vom 20. Mai 2008, ZI 2005/12/0218 mwN). ... **Die belangte Behörde ist nicht befugt, die Bewertungsrelevanz der Ergebnisse des [zu den dem Arbeitsplatz des Beamten tatsächlich zugeordneten Aufgaben durchgeführten – Anmerkung des Verfassers] Ermittlungsverfahrens eigenständig zu beurteilen.** ... Werden an sich klärungsbedürftige Fragen im Zusammenhang mit den dem Gutachten zu Grunde liegenden Tatsachenannahmen oder den vom Sachverständigen gezogenen fachlichen Schlüssen aufgeworfen, ist es **jedenfalls unzulässig, dass die entscheidende Behörde fachliche Gutachtensergänzungen eigenständig ohne förmliche Ergänzung des amtlichen Sachverständigengutachtens vornimmt** (vgl das hg Erkenntnis vom 11. Dezember 2013, ZI 2012/12/0123). Die belangte Behörde wäre dazu gehalten gewesen, dem Sachverständigen die durch ein Ermittlungsverfahren ermittelten tatsächlichen Verhältnisse des zu bewertenden Arbeitsplatzes bekannt zu geben und diesen zu einer Ergänzung seines Gutachtens dahin aufzufordern, ob und in Ansehung welcher Kriterien sich am Ergebnis seiner Punktbewertung bei Zugrundelegung der von der belangten Behörde neu ermittelten Tatsachenannahmen Änderungen ergeben.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

VwGH 27. 8. 2014, 2012/05/0078 – Voraussetzungen eines „tauglichen Gutachtens“: Gegenstand des Verfahrens war das Aufstellen eines transportablen Straßensstands.

„Dem Sachverständigen obliegt es hierbei, auf Grund seines Fachwissens ein Urteil (Gutachten) abzugeben. Gestützt auf das Sachverständigengutachten hat sodann die Behörde begründet darzulegen, ob die beantragte Gebrauchserlaubnis eine diesbezügliche Wirkung entfaltet oder ob dies nicht der Fall ist. **Äußerungen, die nur unüberprüfbare Behauptungen enthalten und nicht die**

Erwägungen aufzeigen, auf Grund derer der Sachverständige zu seinem Gutachten gelangt ist, können nicht als taugliches Gutachten eines Sachverständigen angesehen werden (vgl. das hg Erkenntnis vom 15. Mai 2014, ZI 2011/05/0089, mwN). Ein Gutachten hat **zuerst einen Befund zu enthalten**, in dem die örtlichen Gegebenheiten dargestellt werden. Erst auf Grund dieses Befundes hat der Gutachter auf Grund seines Fachwissens ein Urteil abzugeben, inwieweit das beantragte Vorhaben eine Wirkung auf das Stadtbild entfaltet ... Abgesehen davon ... hat der Amtssachverständige im Gutachten im engeren Sinn lediglich ausgeführt, dass es am gegenständlichen Standort bereits derzeit zu einer hohen visuellen Dichte komme, die die Orientierungs- und Überschaubarkeit des gegenständlichen Stadtraumes mit verstärkter Treffpunktfunktion mindere und die positive Erlebbarkeit der bestehenden Anlagen beeinträchtige. **Warum angesichts dieser zuvor geschilderten Situation gerade die Aufstellung des beantragten Verkaufsstandes eine Störung des Stadtbildes bewirken soll, lässt sich dem Gutachten hingegen nicht entnehmen**. Aus dem im Anschluss an diese Ausführungen aufgenommenen Hinweis, wonach im Zuge der Neugestaltung der Fußgeherzone für den gegenständlichen Standort eine Fahrradabstellanlage sowie eine Fläche für kurzzeitige, temporäre Aufstellung eines Standes vorgesehen worden sei, kann keinesfalls abgeleitet werden, dass der Umstand der dauerhaften Aufstellung des beantragten Verkaufsstandes ausschlaggebend für die ablehnende Stellungnahme der MA 19 gewesen ist, zumal in keiner Weise nachvollziehbar ist, aus welchen Gründen ein bloß kurzzeitig aufgestellter Verkaufsstand die ‚Orientierungs- und Überblickbarkeit‘ nicht mindern und die ‚positive

Erlebbarkeit der bestehenden Anlagen‘ nicht beeinträchtigen und das örtliche Stadtbild nicht stören würde.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

VwGH 27. 8. 2014, 2013/05/0169 – fremde Unterlagen:

„Es ist aber unbedenklich, wenn sich der unbefangene Sachverständige auf fremde Unterlagen stützt, **solange er selbst die sachverständigen Schlussfolgerungen zog** ... Wenn daher der nunmehrige Amtssachverständige nach fachkundiger Durchsicht der bereits vorliegenden Unterlagen der befangenen Sachverständigen zu denselben Ergebnissen wie diese gekommen ist, versschlägt das nichts. ... Dem weiteren Beschwerdevorbringen ... ist entgegenzuhalten, dass – entsprechend dem bereits Ausgeführten – **eine Besonderheit des Falles, die die Heranziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen erfordert hätte, in der Bezugnahme des nunmehrigen Amtssachverständigen auf bereits vorliegende Unterlagen einer befangenen Organwalterin nicht erkannt werden kann.**“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Anmerkung: Dem ist zuzustimmen, wenn und soweit die Befangenheit nicht in sachlichem Zusammenhang mit den Unterlagen steht.

VwGH 23. 6. 2014, 2013/12/0055:

„Bei einem **Widerspruch von Gutachten eines privaten und eines amtlichen Sachverständigen könne somit nicht schon die amtliche Eigenschaft des einen Sachverständigen, sondern nur der innere Wahrheitsgehalt des Gutachtens den Ausschlag geben.**“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Anmerkung: Wie wahr und hoffentlich auch Praxis.