

Der Sachverständigenbeweis in Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Auch im Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren kommt dem Sachverständigenbeweis ein hoher Stellenwert zu. Im Verwaltungsverfahren galt schon von jeher der Primat des Amtssachverständigen. Vorrangiges Ziel der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Verbesserung des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht. Die Übertragung des Systems des Amtssachverständigen auf die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit steht in einem Spannungsverhältnis dazu.

1. Ordentliche Gerichtsbarkeit vs Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts

„Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig“ – dies sind die gleichlautenden Tatbestandsmerkmale in § 351 Abs 1 ZPO und in § 52 Abs 1 AVG, die die Beiziehung eines Sachverständigen durch eine Behörde im weiteren Sinn in einem Verfahren regeln.

Während § 351 Abs 1 ZPO daran die Rechtsfolge knüpft, dass das erkennende Gericht einen oder mehrere Sachverständige, sofort nach Einvernehmung der Parteien über deren Person, zu bestellen hat und hierbei, sofern nicht besondere Umstände etwas anderes notwendig machen, vor allem auf die für Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellten Sachverständigen Bedacht zu nehmen hat, ordnet § 52 Abs 1 AVG an, dass die „der Behörde beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen (Amtssachverständige) beizuziehen“ sind.

Weder in der ZPO noch im AVG noch im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) ist aber der Begriff des Sachverständigen näher definiert.

Sachverständiger im Sinne der ZPO ist, wer im Auftrag des Gerichts Wahrnehmungen über Tatsachen macht (Befund) und aufgrund seiner besonderen Sachkunde Erfahrungssätze vermittelt oder Schlussfolgerungen aus Tatsachen zieht.

Sachverständige im Sinne des § 52 AVG wirken nach der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (das sind VwGH und VfGH) an der Sachverhaltsermittlung mit, indem sie entweder aus bereits aktenkundigen oder erst von ihnen zu erhebenden Tatsachen aufgrund ihres besonderen Fachwissens Schlüsse auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Umständen ziehen, die ihrerseits der Behörde eine Schlussfolgerung auf die entscheidungsrelevanten Tatsachen ermöglichen oder erleichtern.

Es ist allein Aufgabe des Gerichts oder der Behörde, anhand des Beweisthemas den Gutachtersauftrag an den Sachverständigen zu erteilen und den Gegenstand des Gutachtens zu bestimmen. Es ist zunächst Aufgabe des Sachverständigen, anhand fachlicher Gesichtspunkte Methode und Umfang des Befundes zu wählen, um den Auftrag zu erfüllen. Weder ist es Aufgabe eines Sachverständigen, Rechtsfragen zu beantworten, noch, der Beweiswürdigung des Gerichts vorzugreifen. Das Gutachten des Sachverständigen ist Beweismittel, das der freien Beweiswürdigung durch das Gericht oder die Behörde unterliegt. Es hat schlüssig und nachvollziehbar begründet zu sein. Die Parteien des Verfahrens haben Anspruch auf Erörterung des Gutachtens: Dies gilt für Sachverständige da (in der ordentlichen Gerichtsbarkeit) wie dort (im öffentlichen Recht) gleichermaßen.

Woraus leitet sich nun ein Unterschied des Sachverständigen im Verwaltungsverfahren (und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren) zu jenem im Zivilprozess (oder anderen Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit) ab?

2. Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren

2.1. Grundlagen

Wie bereits eingangs dargelegt, gebietet § 52 Abs 1 AVG der Behörde, wenn die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig wird, die der Behörde beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen (Amtssachverständige) beizuziehen. Nach der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts ist der Amtssachverständige ein – nicht notwendig ausschließlich – zur Begutachtung von Fachfragen dauernd bestellter Organwalter (das heißt in einem öffentlichen Verhältnis zum Rechtsträger stehend). Er ist der Behörde „beigegeben“, wenn er organisatorisch in diese eingegliedert ist; er steht der Behörde „zur Verfügung“, wenn sie sich seiner – im Wege der Amtshilfe (Art 22 B-VG) – bedienen kann, obwohl dieser in einer anderen Behörde eingegliedert ist. Amtssachverständige sind zur Begutachtung von Fachfragen dauernd bestellte Organwalter; sie sind zumeist – aber nicht notwendig – öffentlich Bedienstete eines Rechtsträgers.

Amtssachverständige sind im Verfahren nicht speziell zu bestellen, sondern von der Behörde formlos beizuziehen. Sie können – anders als gerichtlich bestellte Sachverständige – von den Parteien nicht förmlich wegen Befangenheit

abgelehnt werden. Für den Fall der Befangenheit haben sie sich nach § 53 Abs 1 iVm § 7 AVG selbst der Ausübung ihres Amtes zu enthalten. Unterbleibt dies, kann dies von den Parteien als Verfahrensmangel geltend gemacht werden. Nichtamtliche Sachverständige können (und müssen ehestmöglich) wegen Ausgeschlossenheit, Befangenheit oder mangelnder Fachkunde abgelehnt werden, worüber die Behörde in einer nicht gesondert anfechtbaren Verfahrensordnung entscheidet.

2.2. Weisung – Grenze jeder Unabhängigkeit

Aus der Eingliederung des Amtssachverständigen (sei es als Organwahrer, sei es, dass er der Behörde sonst beigegeben ist) folgt von Verfassungs wegen, dass dieser weisungsgebunden ist: Nach Art 20 Abs 1 Satz 2 B-VG sind Organe den ihnen vorgesetzten Organen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich und – soweit in Gesetzen gemäß Abs 2 nicht anderes bestimmt ist – an deren Weisungen gebunden. Nach dem Satz 3 *leg cit* kann das nachgeordnete Organ die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.

Der Begriff der Weisung ist weder in Art 20 Abs 1 B-VG noch in § 44 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 definiert, sondern begrifflich vorausgesetzt. Unter einer Weisung ist eine von einem Verwaltungsorgan erlassene normative Anordnung an ein nachgeordnetes Organ zu verstehen. Gegenstand der Weisung kann nur das Verhalten eines nachgeordneten Organs – sohin ein Tun oder Unterlassen – sein.¹

Daraus folgt, dass der Amtssachverständige aufgrund seiner dienstlich-organisatorischen Einbindung in eine Behörde in Fragen der Zeiteinteilung, der Verfügung über Sachmittel, der fachlichen Weiterbildung und dergleichen jedenfalls weisungsgebunden ist.² Die Frage, ob der Amtssachverständige in seiner Tätigkeit als Gutachter Weisungen seines Vorgesetzten unterworfen ist, wurde in der älteren Lehre mit dem Argument verneint, dass diese Tätigkeit notwendigerweise nur selbstverantwortlich ausgeübt werden könne; Befund und Gutachten seien einer inhaltlichen Fremdbestimmung durch Weisung nicht zugänglich.³

Befund (als Wiedergabe von Wahrnehmungen) und Gutachten (als Wiedergabe von Erfahrungssätzen oder Schlussfolgerungen aus Tatsachen, also bloßen „Wissens“) können nicht Gegenstand einer Weisung sein;⁴ ein Weisungsversuch des Vorgesetzten, der sich diese Sphäre zum Ziel setzt, würde wohl schon unter das Fehlerkalkül des Art 20 Abs 2 Satz 3 Fall 1 B-VG (unzuständiger Vorgesetzter) fallen.

Nach nunmehr herrschender Auffassung⁵ findet die Weisungsfreistellung des Amtssachverständigen ihre Rechtfertigung darin, dass die Befolgung einer Weisung zur Erstattung eines „falschen“ (das heißt unrichtigen) Gutachtens gegen strafgesetzliche Vorschriften (vgl § 289 StGB)

verstoßen würde und deshalb nach Art 20 Abs 2 B-VG abzulehnen ist.

Dies verschafft dem Amtssachverständigen freilich nur eine sehr schmale Enklave von Unabhängigkeit: Im Wege der Organisationsgewalt seines Vorgesetzten⁶ ist er jedenfalls in dienstlich-organisatorischen Fragen, aber auch in Fragen der ihm zugänglichen Sachmittel oder anderweitigen Ressourcen (etwa Beiziehung von Hilfskräften) Vorgaben und Einflüssen ausgesetzt, die sehr wohl für das Ergebnis seiner Gutachtertätigkeit entscheidend sein können.

Für den Bereich des Verwaltungsverfahrens wurde Kritik an mangelnder Fairness des Verfahrens unter Mitwirkung eines Amtssachverständigen im Wesentlichen entgegengehalten, dass den Parteien ja die Möglichkeit offenstehe, dem Gutachten des Amtssachverständigen auf gleicher fachlicher Ebene durch ein Gegengutachten eines (freilich von der Partei zu honorierenden) Privatgutachters entgegenzutreten.⁷

Art 20 Abs 2 B-VG wurden durch die Novelle BGB I 2008/2 grundlegend neu gefasst: Nach Z 1 können nunmehr durch (einfaches) Gesetz Organe zur sachverständigen Prüfung von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden. Gleichzeitig ist aber durch Gesetz ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen, zumindest das Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten, und – unter anderem im Fall der Z 1 – das Recht, weisungsfreie Organe aus wichtigem Grund abzurufen.

Abgesehen davon, dass der Gesetzgeber nur in einzelnen Materien-Gesetzen von der Möglichkeit der Weisungsfreistellung solcher Organe Gebrauch gemacht hat: Tragen das Aufsichtsrechts und das Damoklesschwert der Abberufung zur Unabhängigkeit respektive zum Vertrauen der Verfahrensparteien in die Unabhängigkeit des Sachverständigen bei?

2.3. Nichtamtliche Sachverständige – die Ausnahme

§ 52 Abs 2 und 3 AVG sieht eng gesteckte Ausnahmen für die Beiziehung nichtamtlicher Sachverständiger vor:

Wenn Amtssachverständige nicht zur Verfügung stehen oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten ist, kann nach Abs 2 die Behörde ausnahmsweise andere geeignete Personen als Sachverständige (nicht-amtliche Sachverständige) heranziehen. Liegen die Voraussetzungen des Abs 2 nicht vor, so kann die Behörde nach Abs 3 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.

Damit legt das AVG für das Verwaltungsverfahren den Primat des Amtssachverständigen zugrunde: Für den Sachverständigenbeweis sind grundsätzlich Amtssachverständige heranzuziehen. Die Heranziehung des nichtamtlichen Sachverständigen beschränkt sich nur auf die Fälle, dass die Behörde selbst über keinen amtlichen Sachverständigen (mit der entsprechenden Fachkunde) verfügt oder wenn in antragsbedürftigen Verfahren die Heranziehung im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung liegt und die Partei, die letztlich die Kosten (unter anderem des Sachverständigen) zu tragen hat (vgl § 76 Abs 1 AVG), dazu bereit ist.

Dies bedeutet, dass im Verwaltungsverfahren – aus der Sicht der Verfahrenspartei – der primär beizuziehende Amtssachverständige, der der Behörde „beigegeben“ ist oder ihr „zur Verfügung“ steht, typischerweise in einem Naheverhältnis zur Behörde steht.

2.4. Sachverständige in Abgabenverfahren

Für den Bereich der Abgabenverfahren des Bundes, der Länder und Gemeinden regeln §§ 177 ff Bundesabgabenordnung (BAO) den Sachverständigenbeweis. Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig, so sind nach § 177 Abs 1 BAO die für Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellten Sachverständigen beizuziehen. Nach Abs 2 kann die Abgabenbehörde aber ausnahmsweise auch andere geeignet Personen als Sachverständige heranziehen, wenn es mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Falles geboten scheint.

Anders als das AVG unterscheidet die BAO damit nicht zwischen „amtlichen Sachverständigen“ und „anderen Sachverständigen“, sondern nur zwischen „öffentlich bestellten Sachverständigen“ und „anderen“, also nicht öffentlich bestellten Sachverständigen. Die BAO enthält somit weder den Begriff noch die Einrichtung eines Amtssachverständigen. Öffentlich bestellte Sachverständige sind einmal diejenigen Personen, die in die Liste der Sachverständigen aufgenommen worden sind.⁸

Zur Erstattung von Gutachten „öffentlich bestellt“ sind aber etwa auch Ziviltechniker sowie Wirtschaftstreuhänder.⁹

2.5. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit – Qualitätsmerkmale des Verfahrens

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen Sachverständigen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit einerseits und jenen im Verwaltungsverfahren andererseits resultiert daraus, dass für die (meisten) Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit der Verhandlungsgrundsatz und der Grundsatz der Unmittelbarkeit gelten: Die Parteien verhandeln in einer – grundsätzlich öffentlichen – Verhandlung mündlich über die Sache (vgl § 176 Abs 1 ZPO), die Beweisaufnahme erfolgt grundsätzlich im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht (vgl etwa § 276 Abs 1 ZPO), das Ergebnis einer nicht vor dem erkennenden Gericht erfolgten Beweisaufnahme hat das erkennende Gericht bei der mündlichen Verhandlung

darzulegen (vgl § 287 Abs 1 ZPO) und mit den Parteien zu erörtern. Speziell für den Sachverständigenbeweis gestalten dies etwa § 352 Abs 1 und § 357 ZPO aus. Als Idealfall geht die ZPO zwar grundsätzlich noch davon aus, dass das Gericht, wenn die Beweisaufnahme durch Sachverständige notwendig wird, „sofort“ nach Anhörung der Parteien über die Person des Sachverständigen einen solchen zu bestellen hat. Wird das Gutachten – was in der Praxis der Regelfall ist – schriftlich (das heißt außerhalb einer mündlichen Verhandlung) erstattet, haben die Parteien nach § 357 Abs 2 ZPO Anspruch auf Erörterung und Erläuterung durch den Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung. Hierbei können die Parteien auch Fragen an den Sachverständigen (gemäß § 289 Abs 1 ZPO durch den Richter) stellen.

Anders die Verfahrensgrundsätze des Verwaltungsverfahrens und ihre Auswirkungen auf den Sachverständigenbeweis: Die Grundsätze der materiellen Wahrheit und der arbiträren Ordnung bestimmen schon das Ob, das heißt die Beurteilung der Notwendigkeit der Beiziehung eines Sachverständigen. Vor Auswahl und Beiziehung eines Sachverständigen sind Parteien nicht einmal notwendig zu hören. Die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung ist grundsätzlich (vgl § 40 Abs 1 AVG) in das Ermessen der Behörde gestellt und in der Praxis die Ausnahme. Die Behörde kann Beweisaufnahmen auch mittelbar durch ersuchte oder beauftragte Behörden oder Organe vornehmen lassen oder durch sonstige Erhebungen ersetzen oder ergänzen. Insbesondere können Amtssachverständige außer dem Fall einer mündlichen Verhandlung mit der selbständigen Vornahme eines Augenscheins betraut werden (§ 55 Abs 1 AVG). § 37 AVG, wonach den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihre Rechte und rechtlichen Interessen zu geben ist, sichert das Parteiengehör nur allgemein ab.

2.6. „Pingpong“ und Trilemma

Diese Grundsätze, gepaart mit dem Primat des Amtssachverständigen, führen im Regelfall dazu, dass der (Amts-) Sachverständigen sein Gutachten schriftlich erstattet, zu dem die Parteien im Rahmen des ihnen einzuräumenden Gehörs schriftlich Stellung nehmen können. Diese Selbstbeschränkung auf die Schriftlichkeit hat im Regelfall naturgemäß eine Auswirkung in zeitlicher wie sachlicher Hinsicht: Das nicht seltene Wechselspiel („Pingpong“) von schriftlicher Äußerung der Partei und schriftlicher Ergänzung des Gutachtens durch den Sachverständigen bedingt zunächst einmal eine nicht zu unterschätzende zeitliche Belastung des Verfahrens, zumal nach der Rechtsprechung des VwGH die Frist zur Stellungnahme je nach Komplexität ausreichend lang zu bemessen. Gesetzliche Entscheidungsfristen und Säumnisschutz setzen diesem Wechselspiel allerdings relativ enge zeitliche Grenzen. Führt der – wenn auch wiederholte – Versuch der schriftlichen Ergänzungen zu keinem tragbaren Ergebnis, sieht sich die Behörde früher oder später vor dem Trilemma, das Wechselspiel *ad infinitum* fortzusetzen (und damit aber „säumig“ zu werden) oder abubrechen und sodann ent-

weder auf der Grundlage eines nicht vollständig erörterten Gutachtens zu entscheiden oder aus Eigenem darzulegen, weshalb sie letztlich – zumeist – dem Gutachten des Amtssachverständigen folgt: ein Trilemma, das eine Erörterung des Gutachtens in einer mündlichen Verhandlung meist ersparen würde!

Erleichtert wird dies der Behörde zwar vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des VwGH, dass ein (schlüssiges) Gutachten der Behörde von der Partei nur „auf gleicher fachlicher Ebene“ (das heißt durch ein Privatgutachten) entkräftet werden kann und es legitime Aufgabe der Behörde ist, sich zwischen zwei schlüssigen Gutachten (des [Amts-]Sachverständigen einerseits und des Privatgutachters andererseits) mit nachvollziehbarer Begründung zu entscheiden. Die Praxis zeigt aber, dass sich auch im Verwaltungsverfahren Parteien zunehmend Privatgutachter bedienen und den Aussagen des Sachverständigen der Behörde mit schlüssigen Gutachten entgegenreten. Die Qual der Wahl zwischen zwei oder mehreren schlüssigen Gutachten wird damit eine Qual der Behörde, auf hohem sachverständigem Niveau nachvollziehbar zu begründen, weshalb sie nun dem einen und nicht dem anderen Gutachten folgt.

Auch mangelnde Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verwaltungsverfahrens können solcherart zu einer Beschränkung des Beweiswertes des Sachverständigengutachtens führen.

3. Der Sachverständige im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

3.1. Die Reform

Im Vorfeld der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit stand durchaus zur Diskussion, was in Hinkunft für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten und dort insbesondere für den Sachverständigenbeweis gelten soll.¹⁰

Die rechtspolitische Diskussion über den Sachverständigenbeweis vor den Verwaltungsgerichten war vor allem von den Forderungen nach Verbesserung des Bürgerservice geprägt, wozu (vor allem aus der Sicht von Oppositionsparteien) die Kostenneutralität für den Bürger zählte (siehe die Regelung nach § 52 AVG und die Kosten für Sachverständige etwa in „Umweltverfahren“, das heißt Großverfahren mit Bürgerbeteiligung), aber auch von den Interessen der Zentralstellen mit ihren Stäben an (meist beamteten) Amtssachverständigen, die weiterhin Verwendung finden sollten, und schließlich auch von einer gewissen Beharrlichkeit, dass das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte möglichst nahe am (alten) Berufungsverfahren des AVG geregelt sein sollte.

3.2. Die Brücke zur Verwaltung: § 17 VwGVG und § 14 BVwGG (und Vergleichbares)

Die Lösung bestand für die Politik schließlich darin, dass das (für das Verfahren vor allen Verwaltungsgerichten

mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichts anwendbare) VwGVG in seinem § 17 subsidiär jene Vorschriften für anwendbar erklärt, die die Behörde im beschwerdegegenständlichen Verfahren anzuwenden hatte – im Anwendungsbereich des AVG also wiederum § 52 AVG, wonach (primär) die „beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen (Amtssachverständige)“ beizuziehen sind. Weder dem Bundesverwaltungsgericht noch den anderen (Landes-)Verwaltungsgerichten „gehören“ Sachverständige im eingangs besagten Sinn an.

Damit erhebt sich die Frage, ob den Verwaltungsgerichten Sachverständige „zur Verfügung stehen“.

Das Organisationsgesetz des Bundesverwaltungsgerichts (Bundesverwaltungsgerichtsgesetz – BVwGG) beantwortet diese Frage in seinem § 14 dahingehend, dass dem Bundesverwaltungsgericht die im Bereich der Vollziehung des Bundes tätigen Amtssachverständigen zur Verfügung stehen.

Vergleichbares sehen die Organisationsgesetze der Länder für „deren“ Landesverwaltungsgerichte vor, indem sie auf die im Bereich der jeweiligen Landesvollziehung tätigen Amtssachverständigen verweisen.

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht steht damit dem Beschwerdeführer jedenfalls jene Behörde als Verfahrenspartei gegenüber, deren Verwaltungsakt (Bescheid) vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz bekämpft wird und einer Überprüfung unterzogen werden soll oder – im Fall der Säumnis – an deren Stelle das Verwaltungsgericht entscheiden soll (die sogenannte belangte Behörde). Die Übertragung des Primats der Amtssachverständigen auf die Verwaltungsgerichte hat zur Folge, dass das Verwaltungsgericht, erachtet es den Beweis durch Sachverständige oder eine Ergänzung eines solchen Beweises für notwendig, entweder auf ein mittelbar (der Grundsatz der Unmittelbarkeit gilt für das Verwaltungsgericht erster Instanz nicht durchgehend) von der dort belangten Behörde (also von einer Verfahrenspartei) eingeholtes Gutachten greifen oder unmittelbar einen Sachverständigen bestellen muss. Das Verwaltungsgericht muss dabei aber aus dem Kreis jener Sachverständigen auswählen, der ihm gemäß § 14 BVwGG oder nach den vergleichbaren Vorschriften der Länder „zur Verfügung“ stehen. Dies führt in der Regel wiederum dazu, dass sich das Verwaltungsgericht erster Instanz gerade jener Sachverständigen zu bedienen hat, die der belangten Behörde, also einer Verfahrenspartei, oder jenem Rechtsträger angehören, dem die belangte Behörde organisatorisch zugeordnet ist.

3.3. Der Einfluss einer Verhandlungspflicht des Verwaltungsgerichts

Für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz sehen § 24 VwGVG allgemein und § 44 VwGVG für Verfahren in Verwaltungsstrafsachen in besonderem Maße eine Verhandlungspflicht vor, von der jedoch Ausnahmen bestehen.

§ 25 VwGVG normiert eine Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nur für den Fall der Durchführung einer Verhandlung. Nach § 25 Abs 6 VwGVG sind in der Verhandlung die zur Entscheidung erforderlichen Beweise aufzunehmen; ob die Beweise unmittelbar (etwa durch Einvernahme des Sachverständigen in der Verhandlung) oder mittelbar (zB durch Verlesung und Erörterung des Gutachtens und etwaiger schriftlicher Ergänzungen) aufzunehmen sind, stellt das Gesetz dem Verwaltungsgericht anheim. § 25 Abs 7 VwGVG normiert eine Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ebenfalls nur in weiterem Sinn, dass das Erkenntnis nur von denjenigen Mitgliedern des Verwaltungsgerichts getroffen werden kann, die an der Verhandlung teilgenommen haben.

Für das Verfahren in Verwaltungsstrafsachen regelt § 46 VwGVG die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in einer der StPO vergleichbaren Weise: Das Verwaltungsgericht hat selbst alle erforderlichen Beweise aufzunehmen. Eine Verlesung von Niederschriften oder von Gutachten ist nur dann zulässig, wenn

- die Vernommenen in der Zwischenzeit gestorben sind, ihr Aufenthalt unbekannt ist oder ihr persönliches Erscheinen wegen ihres Alters, wegen Krankheit oder Behinderung oder wegen entfernten Aufenthalts oder aus anderen erheblichen Gründen nicht verlangt werden kann oder
- die in der mündlichen Verhandlung Vernommenen in wesentlichen Punkten von ihren früheren Aussagen abweichen oder
- Zeugen, ohne dazu berechtigt zu sein, oder Beschuldigte die Aussage verweigern oder
- alle anwesenden Parteien zustimmen.

In Verwaltungsstrafsachen hat das Verwaltungsgericht den Sachverständigenbeweis (so ihn das Gericht für erforderlich hält) daher jedenfalls in einer Verhandlung unmittelbar aufzunehmen und der Partei dort Gelegenheit zu geben ist, an den Sachverständigen Fragen zu stellen. In allen anderen Verfahren ist die Aufnahme eines Sachverständigenbeweises auch mittelbar möglich und muss die Einführung dieses Beweises in das Verfahren nicht notwendigerweise im Rahmen einer mündlichen Verhandlung erfolgen.

3.4. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren nach der BAO

§ 1 Abs 1 Bundesfinanzgerichtsgesetz (BFGG) erklärt das Verwaltungsgericht des Bundes (Bundesfinanzgericht) für Beschwerden gegen näher bezeichnete Angelegenheiten (insbesondere Abgaben), soweit diese unmittelbar von Abgaben- und Finanzstrafbehörden des Bundes besorgt werden, für zuständig.¹¹

Nach § 243 BAO sind gegen Bescheide, die die Abgabenbehörden (des Bundes, der Länder und Gemeinden) erlassen haben, Beschwerden (Bescheidbeschwerden) an die Verwaltungsgerichte zulässig, soweit die Abga-

benvorschriften nicht anderes bestimmt ist. Gemäß § 275 Abs 2 BAO kann der Senat (des Verwaltungsgerichts) erforderlichenfalls in der mündlichen Verhandlung weitere Beweisaufnahmen (zB die Einvernahme eines Sachverständigen) durchführen,¹² wofür die Bestimmungen für das Verfahren vor der Abgabenbehörde anzuwenden sind; für die Ergänzung des Verfahrens durch Sachverständige sind daher §§ 177 ff BAO maßgebend. Dies bedeutet, dass auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Abgabensachen, insbesondere auch für solche Verfahren vor den Verwaltungsgerichten der Länder (in Abgabenangelegenheiten der Länder und Gemeinden), keine Amtssachverständigen vorgesehen sind, sondern grundsätzlich die in § 177 Abs 1 BAO für Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellten Sachverständigen beizuziehen sind.

4. Kritik am Sachverständigenbeweis im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

4.1. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht führte in seinem Beschluss vom 6. 10. 1998, 3 B 35/98,¹³ zur Frage der Beiziehung eines dem gleichen Rechtsträger wie die Partei (im österreichischen System: die belangte Behörde) angehörenden Sachverständigen aus, es entspreche ständiger Rechtsprechung der obersten Gerichte des Bundes, dass Gründe für ein Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Sachverständigen dann gegeben seien, wenn ein Beteiligter von seinem Standpunkt aus bei vernünftiger objektiver Betrachtung davon ausgehen könne, der Sachverständige werde sein Gutachten nicht unvoreingenommen erstatten. Wie der Blick auf die speziellen Ausschließungs- und Ablehnungsgründe (in § 41 deutsche ZPO sowie § 54 Abs 2 und 3 deutsche Verwaltungsgerichtsordnung) erhelle, liege ein solches Misstrauen desto näher, je enger ein Sachverständiger mit einem Beteiligten verbunden sei. Dies gelte auch für die Nähe eines Gutachters zu einer Behörde: Bereits das Reichsgericht habe dementsprechend entschieden, dass die Ablehnung von Beamten, auf deren Veranlassung und gutachtliche Äußerung die Verfügung zurückzuführen sei, begründet erscheine. Dieser Rechtsprechung entspreche in ihrer Tendenz die zivilgerichtliche Judikatur im Allgemeinen, die dauerhaften Beschäftigungsverhältnissen oder anderen nicht unbeträchtlichen Interessenbeziehungen des Sachverständigen zu einer Partei entscheidendes Gewicht bei der Frage ihrer Befangtheit beimesse.

Auch eine besonnene Partei dürfe vernünftigerweise an der Unvoreingenommenheit eines – wenngleich öffentlich bestellten und vereidigten – Sachverständigen zweifeln, wenn dessen dienstliches Handeln außerhalb seiner Sachverständigeneigenschaft der Bescheid erteilenden Behörde zuzurechnen wäre. Die Partei sehe sich in einer solchen Lage einer aus der Gegenpartei und dem Sachverständigen gebildeten Einheit, einer – aus ihrer Sicht schwer zu überwindenden – „Phalanx“, gegenüber und es könne bei ihr die Befürchtung aufkommen, dass die Ge-

genpartei über ihr verschlossene Möglichkeiten der Einflussnahme auf den Gutachter verfügen könnte und der Gutachter am Ausgang des Rechtsstreites ein – „seiner“ Behörde geltendes – Interesse haben und daran seine Aussagen ausrichten könnte. Ein solches Misstrauen auszuräumen, seien die in Betracht zu ziehenden Gegengründe nicht imstande. Wie auch der Blick auf die umgekehrte Konstellation (das Gericht beauftrage als Sachverständigen einen Angestellten einer klagenden Partei) erhellte, dürfte sich eine Partei in der in Rede stehenden Situation im Prozess nur schwerlich mit dem Hinweis auf die einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen obliegenden Verpflichtungen sowie die ihm bei Verstößen hiergegen drohenden Sanktionsmöglichkeiten beruhigen lassen; insoweit unterscheide sich ein behördenangehöriger Gutachter in nichts von einem Sachverständigen, der dauerhaft bei einer privaten Partei angestellt sei. Letztlich verfange auch nicht der Einwand, gerade ein Beamter oder ein öffentlich-rechtlich Bediensteter sei wegen seiner verhältnismäßig gesicherten beruflichen Stellung zur wahren Unabhängigkeit gegenüber seinem Dienstherrn in der Lage.

4.2. *Thienel*¹⁴ erachtete für das Verfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern – den „Vorläufern“ der heutigen Verwaltungsgerichte der Länder wie der Verwaltungsgerichte erster Instanz überhaupt – die Beiziehung von Amtssachverständigen (damals: aus dem Bereich der jeweiligen Landesverwaltung) als möglich, ohne dadurch das Gebot eines fairen Verfahrens zu verletzen; die Sicherung der Einhaltung der Verfahrensgarantien sei damit aber im Wesentlichen von der Vollziehung des AVG durch die unabhängigen Verwaltungssenaten abhängig. Er zeigte jedoch die Möglichkeit auf, im Verfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten nichtamtliche Sachverständige nach § 52 Abs 2 AVG zu bestellen: Die für deren Bestellung erforderliche Besonderheit des Falles im Sinne des § 52 Abs 2 AVG könne darin erblickt werden, dass anders ein verfassungskonformes (Art 6 EMRK entsprechendes) Verfahren nicht durchgeführt werden könne.

4.3. *Storr*¹⁵ äußert sich schon 2012 kritisch zur Beiziehung von Amtssachverständigen vor den Verwaltungsgerichten; so „praktisch“ dieser Rückgriff auf Amtssachverständige für ein Verwaltungsgericht sein möge, ihre Beiziehung müsse mit der „neutralen Schiedsrichterfunktion“ des Verwaltungsgerichts vereinbar sein. Ein Verfahren sei nur dann fair, wenn Waffengleichheit bestehe. Für Amtssachverständige im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gälten die Befangenheitsregeln des § 7 AVG. Ob sich damit aber die grundsätzlichen Einwände an der Einbindung von Amtssachverständigen in gerichtlichen Verfahren ausräumen ließen, sei zweifelhaft.

4.4. Weiterführend meint *Storr*¹⁶, Gerichte messen den Gutachtern regelmäßig erhebliches Gewicht bei. Unter diesem Gesichtspunkt erscheine es höchst zweifelhaft, dass Amtssachverständige, das heißt Sachverständige, die einer Behörde zugewiesen seien, im gerichtlichen

Prozess herangezogen werden sollten. Die Problematik liege nicht unbedingt darin, dass Amtssachverständige einer exekutiven Einrichtung in einem gerichtlichen Prozess herangezogen würden; sie bestehe aber dann, wenn die Amtssachverständigen der belangten Behörde dienstzugewiesen seien. Die Partei könne sich in einer solchen Lage einer aus der Gegenpartei und dem Sachverständigen gebildeten Einheit, einer – aus ihrer Sicht schwer zu überwindenden – „Phalanx“, gegenübersehen. Es könne bei ihr die Befürchtung aufkommen, dass die Gegenpartei über ihr verschlossene Möglichkeiten der Einflussnahme auf den Gutachter verfüge und der Gutachter am Ausgang des Rechtsstreites ein Interesse habe und daran seine Aussagen ausrichte. Eine verfassungskonforme Auslegung, die diesem Bedenken Rechnung trage, müsste deshalb dahingehend erfolgen, dass ein Richter durch § 14 BVwGG und vergleichbare Landesbestimmungen nicht verpflichtet sei, Amtssachverständige beizuziehen; sie stünden ihm zur Verfügung, die Wahl der Beweismittel werde nicht beschränkt, insbesondere nicht ausgeschlossen, dass zusätzlich oder stattdessen nichtamtliche Sachverständige beigezogen würden (§ 54 Abs 2 AVG iVm § 17 VwGVG).

4.5. Für *Kolonovits/Muzak/Stöger*¹⁷ wirft die Heranziehung von Amtssachverständigen im Verfahren, die zivile Rechte oder Strafsachen betreffen, Probleme im Hinblick auf den aus Art 6 EMRK abzuleitenden Grundsatz der Waffengleichheit auf. Einen das Gleichgewicht störenden Mangel erkenne der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auch in jenen Fällen, in denen der zuständige Sachverständige derselben verwaltungsrechtlichen Organisationseinheit angehöre wie die entscheidende Behörde. Dasselbe gelte, wenn der Sachverständige einer Behörde angehöre, die Partei eines Verfahrens sei oder eine Partei durch den Sachverständigen Vorteile im Zugang zu entscheidungsrelevanten Informationen erlange. Deshalb erscheine die Heranziehung von Amtssachverständigen unter dem Aspekt der Waffengleichheit als problematisch.

5. Die Sicht des VfGH

In seinem Erkenntnis vom 7. 10. 2014, E 707/2014, hatte sich der VfGH unter anderem mit dem Beschwerdevorbringen zu befassen, das Verwaltungsgericht Tirol habe die verfassungswidrige Bestimmung des § 17 Tiroler Landesverwaltungsgerichtsgesetz (TLVwGG), wonach dem Landesverwaltungsgericht grundsätzlich die bei den Dienststellen des Landes tätigen Amtssachverständigen zur Verfügung stehen, angewendet. Der VfGH beantwortete diese Bedenken folgendermaßen:

„1. Bedenken gegen die der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegenden Rechtsvorschriften sind – aus der Sicht des Beschwerdefalles – nicht entstanden:

1.1. Das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz enthält keine eigenen Bestimmungen betreffend die Beiziehung von Sachverständigen in Verfahren vor den Verwaltungsgerichten. Gemäß

§ 17 VwGVG kommen somit die Bestimmungen der §§ 52 und 53 AVG zum Tragen, wonach bei Notwendigkeit der Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige die der Behörde beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen (Amtssachverständige) beizuziehen sind (§ 52 Abs 1 AVG). Nur wenn Amtssachverständige nicht zur Verfügung stehen oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten ist, kann die Behörde andere geeignete Personen als Sachverständige (nichtamtliche Sachverständige) heranziehen (§ 52 Abs 2 leg cit); unter bestimmten Voraussetzungen ist die Heranziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen auch möglich, nämlich wenn davon eine wesentliche Beschleunigung des Verfahrens zu erwarten ist (§ 52 Abs 3 leg cit). Vor diesem Hintergrund sieht § 17 TLVwGG vor, dass dem Tiroler Landesverwaltungsgericht – unbeschadet der Möglichkeit der Beiziehung sonstiger Amtssachverständiger nach Maßgabe der Verfahrensvorschriften bzw im Weg der Amtshilfe nach Art 22 B-VG – die bei den Dienststellen des Landes tätigen Amtssachverständigen zur Verfügung stehen.

1.2. Im Rahmen ihrer Beschwerde führt die Beschwerdeführerin aus, dass das Landesverwaltungsgericht Tirol bestimmte Fragestellungen an die Abteilungen ‚Agrarwirtschaft‘ und ‚Örtliche Raumplanung‘ des Amtes der Tiroler Landesregierung gerichtet habe und die von zwei ‚Amtssachverständigen‘ (so die Bezeichnung seitens der Beschwerdeführerin) erstatteten Stellungnahmen Eingang in die angefochtene Entscheidung gefunden hätten. In diesem Zusammenhang erachtet die Beschwerdeführerin § 17 TLVwGG als verfassungswidrig, weil Amtssachverständige nicht unabhängig seien und ihre zwingend vorgesehene Beziehung im Verfahren vor Verwaltungsgerichten somit eine Verletzung in den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz gemäß Art 7 Abs 1 B-VG und auf ein faires Verfahren gemäß Art 6 EMRK bzw Art 47 GRC darstelle. Gerichtsverfahren unterlägen grundsätzlich anderen grundrechtlichen Anforderungen als Verwaltungsverfahren; das Verfahrensrecht für die Verwaltungsgerichte müsse sicherstellen, dass diese grundrechtlichen Anforderungen eingehalten werden.

1.3. Der Verfassungsgerichtshof teilt diese grundsätzlichen Bedenken der Beschwerdeführerin gegen die Heranziehung von Amtssachverständigen durch das Tiroler Landesverwaltungsgericht nicht. Es ist zwar richtig, dass mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl I 2012/51, ein neues gerichtliches Rechtsschutzsystem eingerichtet wurde und das Verhältnis der Verwaltungsbehörde zum Verwaltungsgericht nunmehr anders zu beurteilen ist als jenes zwischen zwei verwaltungsbehördlichen Instanzen im Rahmen der Erhebung eines administrativen Rechtsmittels. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist aber die Heranziehung von Amtssachverständigen auch in Verfahren vor Verwaltungsgerichten grundsätzlich zulässig:

1.3.1. Das Verwaltungsgericht hat in seinem Verfahren gemäß § 17 VwGVG iVm §§ 52 und 53 AVG primär die ihm zur Verfügung stehenden Amtssachverständigen heranzuziehen, kann aber nach den Umständen auch nichtamtliche Sachverständige mit der Erstellung von Gutachten betrauen.

Zunächst ist festzuhalten, dass Amtssachverständige gemäß § 52 Abs 1 AVG entweder der entscheidenden Verwaltungsbehörde beigegeben sind oder ihr zur Verfügung stehen. Die einer Behörde beigegebenen Sachverständigen sind organisatorisch in diese eingegliedert; die ‚zur Verfügung stehenden‘ amtlichen Sachverständigen sind solche, die zwar einer anderen als der zur Entscheidung berufenen Behörde zugehören, von dieser Behörde aber herangezogen werden können (vgl *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, 2005, § 52 Rz 25 ff mwN).

1.3.2. Amtssachverständige sind grundsätzlich gemäß Art 20 Abs 1 B-VG in dienstlicher Hinsicht weisungsgebunden (vgl VwGH 23. 9. 2004, 2002/07/0149; 17. 6. 1993, 92/06/0228). Allein darin kann aber kein Grund für eine Befangenheit oder den Anschein der Befangenheit gesehen werden (vgl VwGH 22. 11. 2000, 98/12/0036; 23. 6. 1994, 93/06/0212). Gemäß ständiger Rechtsprechung sowohl des Verwaltungs- als auch des Verfassungsgerichtshofes sind Amtssachverständige bei der Erstattung ihrer Gutachten ausschließlich der Wahrheit verpflichtet und hinsichtlich des Inhaltes ihrer Gutachten an keine Weisungen gebunden (vgl VfSlg 16.567/2002; VwGH 21. 12. 2005, 2003/04/0184; 29. 4. 2011, 2010/09/0230), weil Gutachten den sie erstellenden (Amts-)Sachverständigen persönlich zurechenbar sind. Davon gehen auch die Straftatbestände der §§ 288 und 289 StGB aus (vgl VwGH 26. 5. 2008, 2004/06/0039).

1.3.3. 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 Einzelfalles mit der gebotenen Sorgfalt zu untersuchen und zu beurteilen (zu Fällen, in denen von einer dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art 6 EMRK widersprechenden [Anscheins-]Befangenheit ausgegangen wurde, vgl EGMR 6. 5. 1985, Fall *Bönisch*, Appl 8658/79, sowie VfSlg 11.131/1986, 16.827/2003 mwN; vgl auch VwGH 23. 9. 2004, 2004/07/0075). 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.

1.3.4. Darüber hinaus ist auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu verweisen, dass insoweit keine Verletzung des Art 6 EMRK zu erkennen ist, als dem Gutachten eines Amtssachverständigen im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 45 Abs 2 AVG) kein erhöhter Beweiswert zukommt und diesem unter anderem durch ein Gegengutachten auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten werden kann (vgl EKMR 30. 6. 1992, Fall *Zumtobel*, Appl 12.235/86, Z 87; vgl auch VwGH 31. 5. 1999, 98/10/0008; 19. 12. 1996, 93/06/0229; in diesem Sinne auch *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, 649 f.).

1.3.5. 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).“

Nach Ansicht des VfGH liegt somit der Ball im jeweiligen Einzelfall beim Verwaltungsgericht, denn dieses „*muss ... 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 Ver-*

waltungsgericht stets nach den Umständen des Einzelfalls mit der gebotenen Sorgfalt zu untersuchen und zu beurteilen“. Nicht die verfahrens- und organisationsrechtliche Konstruktion des Primats des Amtssachverständigen vor dem Verwaltungsgericht an sich ist bedenklich, sondern allenfalls deren Handhabung durch das Verwaltungsgericht im Einzelfall.

6. Schlussfolgerungen

Durch die Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz sollten im Bereich des öffentlichen Rechts das Vertrauen in die Entscheidungsgrundlagen vertieft und die Verfahren beschleunigt werden. Dies erfordert, dass alle Parteien des Verfahrens ohne Einschränkung auf die Qualität der Beweisaufnahme durch Sachverständige, insbesondere deren Unbefangenheit, vertrauen können müssen.

Die Fairness des Verfahrens vor den Verwaltungsgerichten, namentlich der Aspekt der Waffengleichheit (das heißt das Prinzip des gleichen Zugangs der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu allen Beweismitteln), gebietet die äquidistante verfahrensrechtliche Stellung des gerichtlich bestellten Sachverständigen.

Aus der Sicht der vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz beschwerdeführenden Partei kann der Umstand, dass der vom Gericht beigezogene Sachverständige aus dem Nahebereich der Gegenpartei (der belangten Behörde) kommt, womit schon *prima facie* ein Schatten auf die Fairness des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erster Instanz fällt, bedenklich stimmen. Genährt werden solche Zweifel, wenn man – wie schon *Storr* – die Stellung des Amtssachverständigen innerhalb der belangten Behörde oder ihres Rechtsträgers bedenkt und – wie oben weiters dargelegt – gewärtigt, dass die belangte Behörde oder ihr Rechtsträger über vielfältige Einflussmöglichkeiten auf den Amtssachverständigen (Bestimmungen des zeitlichen Rahmens, des zur Verfügung stehenden Sachaufwandes oder – falls der Dienstgeber kein Interesse an einer weiteren gutachtlichen Tätigkeit des beamteten Sachverständigen mehr hat – der Entzug dieses „hochwertigen“ Aufgabenbereichs unter Bezugskürzung etc) verfügen, die für das Ergebnis (das Gutachten) und damit letztlich für den Prozess Erfolg ausschlaggebend sein könnten.

Auch die bislang für das Verwaltungsverfahren verabreichte Beruhigungspille, dass der Beschwerdeführer einem für ihn nachteiligen Gutachten des Amtssachverständigen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren „auf gleicher fachlicher Ebene“ durch ein Privatgutachten entgegentreten könne, lässt die Frage offen, weshalb in einem gerichtlichen Verfahren eine Seite das Privileg genießt, dass automatisch „ihre“ Sachverständigen beigezogen werden, während die andere Seite auf eigene Initiative und Kosten Privatgutachten einzuholen und vorzulegen hat.

Der Primat des Amtssachverständigen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kann eine Anscheinsproblematik und

damit einen (weiteren) Grund für die Anfechtung des Urteils des Verwaltungsgerichts provozieren. Um die aufgezeigten Risiken für das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu vermeiden, ist die für das Verwaltungsgericht geltende Ausnahmebestimmung des § 52 Abs 2 AVG iVm § 17 VwGVG („oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten ist“) dahingehend auszulegen, dass – sobald eine Partei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Bedenken gegen die Unbefangenheit eines Amtssachverständigen äußert – das Verwaltungsgericht andere geeignete Personen als Sachverständige (nichtamtliche Sachverständige) heranziehen „kann“ und muss.¹⁸

Anmerkungen:

- ¹ Vgl etwa *Mayer*, B-VG⁴ (2007) Art 20 Anm II.1.; *Kucsko-Stadlmayer*, Das Disziplinarrecht der Beamten⁴ (2010) 230; VwGH 14. 10. 2013, 2013/12/0042.
- ² *Funk*, Die Aufgaben des Sachverständigen im Rahmen rechtlicher Entscheidungen – Verfassungsfragen der Sachverständigentätigkeit, in *Aicher/Funk*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1 (13 f).
- ³ Vgl *Funk*, Aufgaben des Sachverständigen, 14 mwN.
- ⁴ Vgl VwGH 14. 10. 2013, 2013/12/0042.
- ⁵ Vgl etwa *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2009) 201 mwN, sowie die in *Hengstschläger/Leeb*, AVG II (2015) § 52 Rz 51 zitierte Rechtsprechung und Lehre.
- ⁶ Siehe *Funk*, Aufgaben des Sachverständigen, 14.
- ⁷ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG II, § 52 Rz 41.
- ⁸ *Stoll*, BAO-Kommentar II (1994) 1860.
- ⁹ *Ritz*, BAO⁵ (2014) § 177 Rz 7 (unter Hinweis auf das Ziviltechnikergesetz 1993 und das Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz).
- ¹⁰ Siehe etwa *Thoma*, Der Sachverständige in einer künftigen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *Rant*, Sachverständige in Österreich (2012) 353 (357 ff) mwN.
- ¹¹ Darüber hinaus entscheidet nach § 5 Wiener Abgabenorganisationsrecht über Beschwerden in Angelegenheiten der Wiener Landes- und Gemeindeabgaben und der abgabenrechtlichen Verwaltungsübertretungen zu diesen Abgaben das Bundesfinanzgericht.
- ¹² *Ritz*, BAO⁵, § 275 Rz 6.
- ¹³ NVwZ 1999, 184 (186).
- ¹⁴ *Thienel*, Das Verfahren der Verwaltungssenaten² (1992) 117.
- ¹⁵ *Storr*, Das Verfahrensrecht für die zukünftigen Verwaltungsgerichte, ZfV 2012, 911 (913 f).
- ¹⁶ *Storr*, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit im europäischen Kontext, in *J. Fischer/Pabel/N. Raschauer*, Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 71 (85 f).
- ¹⁷ *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts¹⁰ (2014) 469.
- ¹⁸ Vgl den schon von *Thienel* (Verfahren der Verwaltungssenaten², 117 f) ventilierten Lösungsansatz für das Verfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten.