

Gerichtssachverständige versus Amtssachverständige*

Gemeinsamkeiten und Unterschiede in Theorie und Praxis

1. Einleitung

1.1. Allgemeines

Während das römische Recht dem Richter** Rechnen nicht abverlangen mochte (*iudex non calculat*), nimmt das Zählen und Rechnen für Richter heute einen festen Platz beim täglichen Denksport ein – man denke nur etwa an die Kostenentscheidungen in Zivilsachen, die in ihrer Komplexität zuweilen die Entscheidung in der Hauptsache übertreffen.

Entscheidungen der Behörden erfordern in ihrer zunehmenden Komplexität aber weit mehr Denkleistung und Fachwissen als die Grundrechenarten. Die Denkleistung hat dem Richter unbenommen zu bleiben, aber das Fachwissen stößt auch in Anbetracht der Vielzahl der Materien, die jeder Richter zu behandeln hat, schnell an Grenzen und bedarf der Aufrüstung von außen her.

Die prozessualen Modelle, auf welche Art und Weise das notwendige Fachwissen in das Verfahren eingeführt wird, sind vielfältig und von der Rechtskultur und den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen abhängig. Naheliegender wäre es, schon das Gericht, also die Entscheidungsträger, mit dem notwendigen Fachwissen auszustatten, das dann gewissermaßen in Personalunion von Sachverständigem und Richter unter einem „Barett“ versammelt wäre (etwa durch fachmännische Laienrichter, die in ihrer Person das notwendige Fachwissen in kurzem Wege einbringen könnten). Wie im Weiteren zu sehen ist, sind dieser Lösung allerdings sehr enge Grenzen gesetzt, weil prozessuale Grundsätze des rechtlichen Gehörs (vor allem des gleichen Zugangs zu den Beweismitteln) und der notwendigen Unbefangenheit des Entscheidungsträgers, wenn dieser ob seiner sachverständigen Aussagen kritisiert wird, regelmäßig die Trennung der Rollen von Richter und Sachverständigem erfordern.

Verbleibt also die Verkörperung des Fachwissens im Prozess in der besonderen Person des Sachverständigen: Damit eröffnet sich aber die weitere Frage, durch wen oder

wie diese Person und deren Fachwissen in das Verfahren eingeführt und allen Beteiligten zugänglich gemacht werden.

Das *Common-law*-System baut darauf auf, dass das Fachwissen durch *experts*, also (sachverständige) Zeugen, präsentiert wird, die dem Gericht von den Prozessparteien angeboten werden. Sie müssen ihre Fachkunde erforderlichenfalls zunächst unter Beweis stellen, sind in dieser Rolle aber von der prozessualen *hearsay rule*¹ entbunden, womit sie auch allgemeine Erfahrungssätze und Schlussfolgerungen einbringen können.

Im Gegensatz dazu vertraut das kontinentaleuropäische *Civil-law*-System auf die Auswahl der Person des Sachverständigen durch das Gericht und auf die Heraushebung seiner besonderen Rolle als Beweismittel *sui generis*, diese wiederum abgegrenzt zu Zeugen und sachverständigen Zeugen; verbunden damit wird die Sachkunde des Sachverständigen gewissermaßen zunächst einmal vermutet.

Verdichtet ist dieses Modell der Bestellung des Sachverständigen durch die entscheidende Behörde (Gericht) in der Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, das mit dem Primat des Amtssachverständigen grundsätzlich jene Sachverständige heranzieht, die der entscheidenden Behörde angehören oder ihr zur Verfügung stehen, damit also in einem besonderen Naheverhältnis zur Behörde stehen.

Daneben ist im kontinentaleuropäischen System aber auch Raum für Privatgutachter und nichtamtliche Sachverständige.

Wenden wir uns dem österreichischen System, eingebettet in Unions- und Verfassungsrecht, zu:

1.2. Völker- und unionsrechtliche Grundlagen – der supranationale Überbau

Die Bundesverfassung regelt in den Art 82 ff B-VG die ordentliche Gerichtsbarkeit als mit besonderen Garantien ausgestatteten Teil der Vollziehung und trifft institutionelle

* Überarbeitete Fassung des Vortrags im Rahmen des 43. Internationalen Fachseminars „Bauwesen für Sachverständige und Juristen“, veranstaltet vom Hauptverband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs, im Jänner 2022.

** Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

Bestimmungen zur Absicherung der Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit. Sachverständige finden hierin keine Erwähnung.

Gleiches ist für die seit 1. 1. 2014 eingerichtete Verwaltungsgerichtsbarkeit zu konstatieren (Art 129 ff B-VG in der Fassung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl I 2012/51).

Art 6 EMRK garantiert das Recht auf ein faires Verfahren und hat als unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht und für die verfassungskonforme Interpretation einfachgesetzlicher Verfahrensbestimmung besondere Bedeutung. Diese Bestimmung sagt von ihrem Wortlaut her ebenfalls nichts über die Stellung und Aufgabe des Sachverständigen aus.

Allerdings betont der EGMR, dass ein Mangel an Neutralität aufseiten des vom Gericht bestellten Sachverständigen unter gewissen Umständen einem Bruch des dem Konzept des *fair trial* inhärenten Prinzips der Waffengleichheit Vorschub leisten könnte, und erstreckt damit die Verfahrensgarantie des Art 6 Abs 1 EMRK auf den gerichtlich bestellten Sachverständigen. Der Judikatur des EGMR anhand des Art 6 EMRK zum Sachverständigenbeweis lassen sich folgende Eckpunkte entnehmen:²

- Die Garantie eines fairen Verfahrens vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht erfordert nicht ausdrücklich, dass auch ein Sachverständiger diese Erfordernisse erfüllt.
- Das Prinzip der Waffengleichheit (*equality of arms*) als Ausdruck des fairen Verfahrens erfordert, dass jede Partei Gelegenheit hat, ihren Fall unter Bedingungen darzustellen, die sie gegenüber der Gegenseite nicht benachteiligen, und den gleichen Zugang zu allen Beweismitteln.
- Das Gutachten eines *court-appointed*, also eines vom Gericht bestellten Sachverständigen, hat durchwegs besonderes Gewicht für die Würdigung (der Beweise) durch das Gericht.
- Ein Mangel an notwendiger Unbefangenheit und Unparteilichkeit eines solchen Sachverständigen kann das Prinzip der Waffengleichheit und damit die Fairness des Verfahrens verletzen (auch wenn dieser nicht Richter ist).

Werfen wir noch einen Blick auf den – rechtshistorisch jüngeren – supranationalen Rahmen, das Unionsrecht:

Art 19 Abs 1 EUV verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Schaffung der erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist. Nach Art 47 Abs 2 GRC hat jede Person ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

Anders als Art 6 EMRK enthält Art 47 GRC keine Beschränkung des Schutzbereichs auf Streitigkeiten über zi-

vilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen und auf Strafverfahren; allerdings ist der Anwendungsbereich der GRC gemäß Art 51 *leg cit* auf die Durchführung des Rechts der EU beschränkt. Obzwar zur Frage der unionsrechtlich erforderlichen Unabhängigkeit der nationalen Gerichte und Richter mittlerweile in beträchtlichem Umfang Rechtsprechung des EuGH vorliegt, musste er bislang zur unionsrechtlich gebotenen verfahrensrechtlichen Position des Sachverständigen keine Stellung beziehen.

2. Die nationalen verfahrensrechtlichen Ausgestaltungen

2.1. Die Gemeinsamkeiten

Wenden wir uns im Rahmen der Ausleuchtung der verfahrensrechtlichen Hintergründe der einzelnen Verfahrensordnungen zunächst den Gemeinsamkeiten in dem Sinn zu, um das Verbindende aller Verfahrensordnungen über das Trennende zu stellen.

2.1.1. Sowohl die Verfahrensordnungen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit (genannt seien beispielhaft die ZPO und die StPO) als auch jene in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, namentlich das VwGVG) und die verfahrensrechtlichen Sonderbestimmungen in der BAO, gehen davon aus, dass die Entscheidungen der Gerichte auf einem gesetzlich strukturierten Verfahren aufbauen. Die Verfahrensbestimmungen sind hierbei nicht Selbstzweck, sondern dienen dem Schutz der prozessualen und materiellen Rechte der Verfahrensbeteiligten, damit diese durch eine vorhersehbare, strukturierte Beteiligung am Verfahren ihre materiellen Rechte geltend machen und verteidigen können.³ Ein wesentlicher Teil dieser Verfahren dient der Aufnahme der Beweise, damit die Gerichte ihre Entscheidungen, namentlich ihre Tatsachenannahmen, nur auf solchen Verfahrensergebnissen aufbauen, die auch den Parteien den Schutz ihrer Rechte garantieren: Die einzelnen Verfahrensordnungen sehen zu diesem Zweck die prozessierte Aufnahme von Beweismitteln, die ihrer Art nach zu unterscheiden sind, vor.

Eine besondere Stellung nimmt hierbei das Beweismittel des Sachverständigengutachtens ein, das im Verfahren zumeist durch eine Person eines Sachverständigen erstattet wird, der dem Gericht und den Parteien hiefür auch Rede und Antwort zu stehen hat. Die Verfahrensordnungen in der ordentlichen wie in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gehen davon aus, dass die Auswahl und Bestellung des Sachverständigen – nach Gewährung von Gehör an die Parteien – durch das Gericht erfolgt und es nicht etwa wie im *common law* Aufgabe der Parteien ist, Sachverständige eigeninitiativ auszuwählen und als Experten in das Verfahren einzuführen.

2.1.2. Gleichfalls unterscheiden die Verfahrensordnungen zwischen dem Gutachten im weiteren Sinn, das auch einen Befundteil, daher Aussagen über die Wirklichkeit, enthält, und dem Gutachten im engeren Sinn, daher der Wiedergabe von Erfahrungssätzen und Schlussfolgerungen aus

Tatsachen. Alle Verfahrensordnungen erfordern, dass Befund und Gutachten nachvollziehbar sein müssen, dass die Parteien des Verfahrens Anspruch auf Erörterung des Gutachtens haben (hier sei dahingestellt, ob auf schriftlichem Weg oder mündlich in einer Verhandlung) und dass das Gutachten – so wie alle anderen Beweismittel – der freien Beweiswürdigung des Entscheidungsträgers unterliegt; dieser muss im Rahmen seiner Entscheidung nachvollziehbar darlegen, weshalb er sich dem Gutachten des Sachverständigen anschloss, sich von diesem distanzierte und in welcher Relation zu anderen Beweismitteln er das Gutachten würdigte, um darauf aufbauend die eigenen Tatsachenannahmen zu gründen, die letztlich der Subsumtion (rechtlichen Beurteilung) zugeführt werden können.⁴

2.1.3. Sowohl Sachverständige in justiziellen Verfahren als auch Sachverständige in Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren können abgelehnt werden:

Während § 355 Abs 1 ZPO jene Gründe, aus denen ein Richter abgelehnt werden kann, auch für Sachverständige für maßgeblich erklärt, verweist § 126 Abs 4 StPO für die Befangenheit von Sachverständigen auf die für die Befangenheit von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft maßgebenden Gründe des § 47 Abs 1 StPO und übernimmt damit inhaltlich die für Richter geltenden Ausschlussgründe des § 43 Abs 1 Z 1 StPO.

Im Verwaltungsverfahren erklärt § 53 Abs 1 AVG § 7 leg cit, der die Befangenheit von Verwaltungsorganen, also Entscheidungsträgern, regelt, auf Sachverständige für anwendbar; diese Rechtslage ist zufolge § 17 VwGVG sinngemäß für die Verwaltungsgerichtsbarkeit maßgebend.

Während für die Verwerfung der Ablehnung nach § 366 Abs 1 ZPO kein abgesondertes Rechtsmittel vorgesehen ist, diese daher im Rechtsmittel gegen die verfahrensbedingende Sachentscheidung zu relevieren ist, in die der Sachverständigenbeweis Eingang gefunden hat, hat die Entscheidung über den Ablehnungsantrag gemäß § 53 Abs 3 AVG generell durch Verfahrensordnung zu erfolgen, die nicht abgesondert bekämpfbar ist.

2.2. Die Unterschiede

Nach der Aufzählung der verfahrensrechtlichen Gemeinsamkeiten der Sachverständigengutachten in den verschiedenen Verfahrensarten nun zu den Unterschieden der Gutachten in den justiziellen Verfahren einerseits und in den verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren andererseits:

2.2.1. Die zentralen justiziellen Verfahren, nämlich das streitige Zivilverfahren sowie das Strafverfahren, sind von den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit geprägt: Der Gegenstand des Urteils ist auf das beschränkt, was in der mündlichen Verhandlung hervorgekommen ist (§ 414 Abs 1 ZPO; § 258 Abs 1 StPO); allein das in Schriftsätzen enthaltene nicht vorgetragene Vorbringen ist nicht Prozessgegenstand. Bezogen auf den

Sachverständigenbeweis bedeutet dies, dass Befund und Gutachten des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom Sachverständigen persönlich zu erstatten sind und er hierfür auch Rede und Antwort zu stehen hat. Die bloße Verlesung eines schriftlich erstatteten Gutachtens hätte nur dann als Urteilsgrundlage Bestand, wenn dies mit Zustimmung der Parteien geschähe.

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz verpflichtet wiederum dazu, dass das Urteil nur vom Richter (im Falle der Senatsbesetzung: von den Richtern) gefällt werden darf, der (die) an der gesamten Verhandlung teilgenommen hat (haben). Während der Grundsatz der Mündlichkeit in funktionalem Zusammenhang mit der Öffentlichkeit der Verhandlung in Zusammenhang steht (und damit der Kontrolle der Gerichtsbarkeit durch das Volk dient), soll der Grundsatz der Unmittelbarkeit sicherstellen, dass die entscheidende Beweiswürdigung nur durch jene erfolgt, die sich einen unmittelbaren Eindruck von allen Beweisergebnissen verschafft haben.

2.2.2. Dagegen unterscheiden sich die beiden justiziellen Verfahren untereinander durch den Dispositions- oder Verhandlungsgrundsatz einerseits und den Grundsatz der Amtswegigkeit andererseits: Während es im klassischen Zivilverfahren Sache der Parteien ist, sowohl über den Prozessgegenstand als auch über die Beweisführung (etwa durch Beiziehung eines Sachverständigen) zu entscheiden, und lediglich der Prozessbetrieb von Amts wegen wahrzunehmen ist, ist das Strafverfahren einschließlich des strafprozessualen Vorverfahrens vom Untersuchungsgrundsatz geprägt, wonach alle erheblichen Tatsachen unabhängig vom Vorbringen der Parteien und deren Beweisanträgen von Amts wegen zu ermitteln sind. Damit hat das letztgenannte Verfahren eine Gemeinsamkeit mit den Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, womit zu deren Grundsätzen überzuleiten ist:

2.2.3. Die gemeinsame Behandlung der Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren wurzelt in der Schnittstelle beider Verfahren in § 17 VwGVG, wonach in Beschwerdeverfahren vor den Verwaltungsgerichten grundsätzlich das AVG (mit gewissen Ausnahmen), die BAO (vor dem BFG) und weitere verfahrensrechtliche Nebengesetze sowie im Übrigen all jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen anzuwenden sind, die die Verwaltungsbehörde im dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder hätte anwenden müssen.

Damit werden bestimmende Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts auch zu solchen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, sofern das VwGVG nicht anderes bestimmt.

Die von den Verwaltungsbehörden anzuwendenden Verfahrensvorschriften (insbesondere das AVG) kennen weder den Grundsatz der Mündlichkeit noch jenen der Unmittelbarkeit, sondern sind vom Grundsatz der Amtswegigkeit und der Verfahrensökonomie geprägt. Für das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde bedeutet dies mit

Blick auf das Sachverständigengutachten, dass es durch § 52 Abs 1 AVG in die (überprüfbare) Entscheidung der Behörde gestellt ist, ob ein Sachverständiger beigezogen wird oder nicht, das Gutachten grundsätzlich schriftlich zu erstatten ist (einschließlich allfälliger Ergänzungen oder der Erörterung von Fragen durch die Partei) und dass der Entscheidungsträger der Behörde zur mittelbaren Beweisaufnahme berechtigt ist.

Abweichend davon bestimmt § 24 VwGVG für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, dass eine mündliche Verhandlung auf Antrag oder, wenn das Gericht dies für erforderlich hält, von Amts wegen durchzuführen ist. § 24 Abs 3 VwGVG erlegt den Beschwerdeführer einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag auf. § 24 Abs 2 VwGVG berechtigt zur Abstandnahme der Verhandlung in bestimmten Fällen und § 24 Abs 4 VwGVG sieht, soweit durch Bundes oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, ein Absehen von einer Verhandlung ungeachtet eines Parteienantrages vor, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und einem Entfall der Verhandlung weder Art 6 Abs 1 EMRK noch Art 47 GRC entgegenstehen.

Damit kann sich für den Rechtsanwender wie für die Partei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Frage stellen, ob

- schon aufgrund der Akten eine weitere Klärung der Rechtssache in einer Verhandlung nicht zu erwarten ist und
- Art 6 Abs 1 EMRK oder Art 47 GRC dem Entfall der Verhandlung entgegensteht.

Ob schon die Akten erkennen ließen, dass eine weitere mündliche Erörterung eine Klärung der Rechtssache nicht erwarten ließen, ist im Falle der Abstandnahme vom Revisionswerber dem VfGH konkret darzulegen und im Einzelfall zu beantworten; so etwa, dass Tatsachenfeststellungen strittig oder Fragen der Beweiswürdigung offen waren, worauf gleich anschließend näher eingegangen wird.

Will der Beschwerdeführer die Abstandnahme von der Verhandlung vor dem VfGH relevieren, muss er darin eine „willkürliche“, das heißt dem Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes widersprechende, Verfahrensführung darlegen.

Für den zweiten Prüfungsschritt der Zulässigkeit einer Abstandnahme von einer Verhandlung sind zunächst die Schutzbereiche von Art 6 EMRK (zivilrechtliche Ansprüche und strafrechtliche Anklage) und Art 47 GRC (Durchführung des Unionsrechts) voneinander zu unterscheiden; zudem fand und findet der Begriff „civil rights“ eine zunehmend weitere Auslegung durch den EGMR.

Ob aber weder Art 6 Abs 1 EMRK noch Art 47 GRC – vom Falle der strafrechtlichen Anklage abgesehen – der Abstandnahme von einer Verhandlung entgegenstanden, wirft mehrere nicht immer einfach zu beantwortende Rechtsfragen auf, die in der umfangreichen Rechtspre-

chung des EGMR und – diesem folgend – des VfGH sowie des VfGH Beantwortung fanden:⁵

- So, wenn die Tatsachenfeststellungen nicht bestritten und keine Fragen der Beweiswürdigung offen sind (dies überschneidet sich mit dem ersten Prüfungsschritt oben),
- wenn keine Fragen der Glaubwürdigkeit von Zeugen erörtert werden müssen und Rechts- wie Tatsachenfragen angemessen schriftlich erörtert werden konnten oder
- wenn – etwa in sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten – *civil rights* ausschließlich rechtliche oder in hohem Maße technische Fragen aufgeworfen wurden und aufgrund der Akten und der schriftlichen Stellungnahme angemessen entschieden werden kann.

Dies bedeutet, dass die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor den Verwaltungsgerichten nicht in dem Maße geboten ist wie vor den ordentlichen Gerichten. Unter besonderen Umständen könnten daher auch sachverständige Fragen unter Abstandnahme von einer mündlichen Verhandlung vom Verwaltungsgericht erörtert werden.

Die – mit Ausnahmen versehene – Pflicht zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung steht wiederum in untrennbarem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit vor den Verwaltungsgerichten, weil nach § 25 Abs 6 VwGVG in der Verhandlung – soweit diese durchzuführen ist – die zur Entscheidung der Rechtssache erforderlichen Beweise aufzunehmen sind und gemäß § 25 Abs 7 VwGVG das Erkenntnis nur von denjenigen Richtern gefällt werden kann, die an der Verhandlung teilgenommen haben.

Nimmt das Verwaltungsgericht von der Durchführung einer Verhandlung Abstand, so beschränkt sich die Beweisaufnahme auf Schriften (oder sonstige Augenscheingegenstände); bezogen auf den Sachverständigenbeweis genügt diesfalls – wie schon vor der Verwaltungsbehörde – ein schriftliches Sachverständigengutachten einschließlich allfälliger schriftlicher Ergänzungen und Antworten auf (schriftliche) Fragen der Parteien hierzu.

Die Frage, welche Relevanz einer zu Unrecht erfolgten Abstandnahme von einer mündlichen Verhandlung durch das Verwaltungsgericht zukommt, ist – anders als in den justiziellen Verfahren nach der ZPO und der StPO, in denen das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung mit der schwersten Sanktion der Nichtigkeit bedroht ist – für Verwaltungsgerichte differenzierend zu beantworten: Grundsätzlich hat der Revisionswerber dem VfGH die Relevanz eines Verfahrensfehlers aufzuzeigen; bezogen auf eine Abstandnahme von der mündlichen Verhandlung ist daher die konkret die Relevanz des Unterbleibens der mündlichen Verhandlung für den Ausgang des Verfahrens (etwa die [mögliche] eingeschränkte Aufnahme eines Beweises, der eingeschränkte Zugang zu einem Beweismittel oder die Verletzung der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme) darzulegen. Vor dem VfGH ist dagegen die Willkür, das

heißt die Verletzung des allgemeinen Sachlichkeitsgebots, in der Verfahrensführung aufzuzeigen.

Lediglich dort, wo eine (öffentliche) mündliche Verhandlung vor dem (Verwaltungs-)Gericht durch Art 6 EMRK oder Art 47 GRC garantiert ist, billigt der VwGH einer rechtswidrigen Abstandnahme von einer Verhandlung die Qualität eines „absoluten“ Verfahrensmangels zu, die den Revisionswerber davon entbindet, auch die Relevanz des Verfahrensmangels für den Ausgang des Verfahrens darzulegen.⁶

Ebenso kann sich bei der Frage der Erörterung des Gutachtens die beschriebene Unterscheidung zwischen justiziellen Verfahren einerseits und Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren andererseits ergeben. Während in den justiziellen Verfahren – dem dortigen Grundsatz der Mündlichkeit folgend – der Partei ein unverbrüchlicher Anspruch auf mündliche Erstattung und auch Erörterung des Gutachtens in der mündlichen Verhandlung zukommt, kennt das Verwaltungsverfahren den Grundsatz der Mündlichkeit nach dem Gesagten nicht. Eine Selbstbeschränkung auf die Schriftlichkeit des Verfahrens hat im Falle des Sachverständigenbeweises naturgemäß auch eine Auswirkung in zeitlicher wie sachlicher Hinsicht, nämlich das nicht seltene Wechselspiel von schriftlicher Äußerung oder Fragestellung einer Partei und schriftlicher Ergänzung des Gutachtens durch den Sachverständigen (Pingpong), womit zunächst einmal eine nicht zu unterschätzende zeitliche Belastung des Verfahrens verbunden ist. Führt der – wenn auch wiederholte – Versuch der schriftlichen Ergänzung zu keinem tragbaren Ergebnis, sieht sich die Behörde früher oder später vor dem Trilemma, das Wechselspiel *ad infinitum* fortzusetzen (und damit säumig zu werden) oder die Erörterung abzubrechen (und sodann entweder auf der Grundlage eines erörterungsbedürftigen Gutachtens zu entscheiden) oder aus eigenem darzulegen, weshalb sie letztlich – zumeist – dem Gutachten des Amtssachverständigen folgt.

Der eingangs beschriebene, jedoch mit Einschränkungen versehene Grundsatz der Mündlichkeit für das verwaltungsgerichtliche Verfahren schafft Abhilfe in all jenen Fällen, in denen tatsächlich eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird, in der die Beweise in der Verhandlung aufgenommen werden und naturgemäß auch das Sachverständigengutachten mündlich zu erstatten und auch zu erörtern ist. Nimmt allerdings das Verwaltungsgericht von der Durchführung einer Verhandlung Abstand, sei es, weil die (schlecht beratene) Partei von einer rechtzeitigen Antragstellung auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung Abstand genommen hatte, kann das Muster einer (schriftlichen) Gutachtenserstattung und -ergänzung jenem vor der Verwaltungsbehörde ähneln.

Hiezu tritt der weitere Topos der Rechtsprechung des VwGH, dass ein (in sich schlüssiges) Gutachten der Behörde von der Partei nur auf „gleicher fachlicher Ebene“, daher durch ein Privatgutachten, das die Partei initiativ beizubringen hat, entkräftet werden kann, womit es sodann Aufgabe der Behörde ist, sich zwischen zwei jeweils

schlüssigen Gutachten mit nachvollziehbarer Begründung zu entscheiden.

Dies fand nach der Rechtsprechung des VwGH nun auch in das verwaltungsgerichtliche Verfahren Eingang.

2.2.4. Zur Person des Sachverständigen als einem weiteren wesentlichen Unterscheidungsmerkmal:

Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig, so hat gemäß § 351 Abs 1 ZPO das erkennende Gericht einen oder mehrere Sachverständige – sofort nach Einvernehmung der Parteien über deren Person – zu bestellen. Hierbei ist, sofern nicht besondere Umstände etwas anderes notwendig machen, vor allem auf die für Gutachten erforderlichen Art öffentlich bestellten Sachverständigen Bedacht zu nehmen.

§ 126 Abs 2 StPO bestimmt, dass als Sachverständige vor allem Personen zu bestellen sind, die in die Gerichtssachverständigen- und Dolmetscherliste eingetragen sind. Während nach § 351 Abs 1 ZPO die Bestellung durch das Gericht erfolgt, sind nach § 126 Abs 3 StPO Sachverständige (im Rahmen des strafprozessualen Vorverfahrens) von der Staatsanwaltschaft, für gerichtliche Ermittlungen oder Beweisaufnahmen und für das Hauptverfahren jedoch vom Gericht zu bestellen.

Mit Erkenntnis vom 10. 3. 2015, G 180/2014 ua,⁷ hob der VfGH die Wortfolge „Sachverständigen oder“ in § 126 Abs 4 Satz 3 StPO in der Fassung BGBl I 2004/19 als verfassungswidrig auf und beseitigte damit den generellen Ausschluss der Ablehnung des Sachverständigen des Ermittlungsverfahrens im Hauptverfahren: 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 Falle von objektiven gegen dessen völlige Neutralität sprechenden Anhaltspunkten im Zusammenhang mit seiner konkreten Tätigkeit im Ermittlungsverfahren als befangen abzulehnen, verstoße gegen das in Art 6 EMRK garantierte Gebot der Waffengleichheit. Dieses Ergebnis habe allerdings nicht den generellen Ausschluss eines Sachverständigen allein aus dem Grund, dass er bereits im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft beigezogen worden sei, für die Bestellung in der Hauptverhandlung zur Folge, sondern führe vielmehr dazu, dass das Gericht im Rahmen einer Einzelfallprüfung eine allfällige Befangenheit (Vorliegen von Gründen, die geeignet sind, die volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen) zu beurteilen habe.

Für die justiziellen Verfahrensordnungen gilt damit der Grundsatz des vom Gericht bestellten, aber organisatorisch und insbesondere wirtschaftlich von diesem unabhängigen Sachverständigen.

Für den Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist aufgrund des schon genannten Verweises des § 17 VwGVG wiederum § 52 AVG maßgeblich, nach dessen Abs 1

die Behörde, wenn die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig wird, die ihr beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen (Amtssachverständige) beizuziehen hat.

§ 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 § 52 Abs 2 AVG die Behörde aber ausnahmsweise andere geeignete Personen als Sachverständige (nichtamtliche Sachverständige) heranziehen. Liegen die Voraussetzungen des § 52 Abs 2 AVG nicht vor, so kann die Behörde nach § 52 Abs 3 AVG 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 das 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,⁸ dazu bereit ist.

Amtssachverständige sind Verwaltungsorgane, die entweder einer bestimmten Behörde zur Erstattung von Gutachten beigegeben sind, dieser daher organisatorisch und zumeist auch dienstrechtlich angehören, oder solche, deren Tätigkeit von einer Behörde nach den Rechtsvorschriften in Anspruch genommen werden kann (die ihr zur Verfügung stehen), also Sachverständige, die bei einer übergeordneten oder untergeordneten Behörde tätig sind oder im Wege der Amtshilfe von einer anderen Behörde beigezogen werden.⁹

Aus der besagten Eingliederung des Amtssachverständigen (sei es als Organwahrer, sei es, dass er der Behörde sonst beigegeben ist) folgt von Verfassungs wegen, dass dieser grundsätzlich weisungsgebunden ist.

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.¹⁰ 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 zu-

gänglich. Nach nunmehr herrschender Auffassung findet die Weisungsfreistellung des Amtssachverständigen ihre Rechtfertigung darin, dass die Befolgung einer Weisung zur Erstattung eines „falschen“, das heißt unrichtigen, Gutachtens gegen strafgesetzliche Vorschriften¹¹ verstoßen würde und deshalb nach Art 20 Abs 2 B-VG abzulehnen ist.¹²

Dies verschafft dem Amtssachverständigen eine Enklave von Unabhängigkeit: Im Wege der Organisationsgewalt seines Vorgesetzten 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.

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

Für den Bereich des Verwaltungsverfahrens wird 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.¹³

Insbessondere für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist durch das Primat des Amtssachverständigen ein Spannungsverhältnis vorgezeichnet, weil das Gericht, wenn die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig wird, gemäß § 17 VwGVG iVm § 52 AVG grundsätzlich auf Amtssachverständige zurückzugreifen hat, die allerdings kaum jemals dem Verwaltungsgericht selbst beigegeben sind, sondern „der Behörde“, zumeist jener Behörde, deren Entscheidung vor dem Verwaltungsgericht angefochten ist.

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht steht dem Beschwerdeführer jene Behörde als Verfahrenspartei gegenüber, deren Verwaltungsakt (Bescheid) vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz bekämpft wird und einer Überprüfung unterzogen werden soll oder – im Falle der Säumnis – an deren Stelle das Verwaltungsgericht entscheiden soll (die sogenannte belangte Behörde). Die Übertragung des Primats des 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 nach dem Gesagten nicht unbedingt) von der dort belangten Behörde, also von einer Verfahrenspartei, eingeholtes Gutachten greifen oder unmittelbar einen Sachverständigen bestellen muss, hiebei aber aus dem Kreis jener Sachverständigen auswählen muss, der ihm nach den Organisationsgeset-

zen zur Verfügung steht. 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. Diese Konstellation kann aus der Sicht der Partei, aber auch der Volksöffentlichkeit die Frage der Unparteilichkeit des Sachverständigen, aber auch des gleichen Zugangs zum Beweismittel erheben, wie aus der eingangs zitierten Judikatur des EGMR hervorging.

Einzelne Organisationsgesetze der Verwaltungsgerichte sehen auch ausdrücklich vor, welche Sachverständige aus welchem Bereich dem Verwaltungsgericht zur Verfügung stehen (etwa § 14 BVwGG, dass dem BVwG die im Bereich der Vollziehung des Bundes tätigen Amtssachverständigen zur Verfügung stehen). Vergleichbares sehen Organisationsgesetze der Landesverwaltungsgerichte vor.

In seinem Erkenntnis vom 7. 10. 2014, E 707/2014,¹⁴ fand der VfGH keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Heranziehung von Amtssachverständigen auch in Verfahren vor Verwaltungsgerichten:

Das Verwaltungsgericht habe in seinem Verfahren gemäß § 17 VwGVG iVm §§ 52 und § 53 AVG primär die ihm zur Verfügung stehenden Amtssachverständigen heranzuziehen, könne aber nach den Umständen auch nichtamtliche Sachverständige mit der Erstellung von Gutachten betrauen. Allein aus der fachlichen Weisungsfreiheit des Amtssachverständigen bei Erstattung seines Gutachtens könne nicht gefolgert werden, dass das Verwaltungsgericht in jedem Fall Amtssachverständige heranziehen dürfe. Das Verwaltungsgericht müsse stets prüfen, ob ein Amtssachverständiger unbefangen, unter anderem also tatsächlich unabhängig von der Verwaltungsbehörde sei, deren Bescheid beim Verwaltungsgericht angefochten werde. Ob dies der Fall ist, habe das Verwaltungsgericht stets nach den Umständen des Einzelfalles mit der gebotenen Sorgfalt zu untersuchen und zu beurteilen. Darüber hinaus komme dem Gutachten eines Amtssachverständigen im Rahmen der freien Beweiswürdigung kein erhöhter Beweiswert zu und diesem könne unter anderem durch ein Gegengutachten auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten werden.

Mag auch der VfGH in der zitierten Entscheidung das System des Amtssachverständigen vor den Verwaltungsgerichten grundsätzlich als nicht verfassungswidrig erkannt haben, bürdet er doch dem Verwaltungsgericht im Einzelfall die Aufgabe auf, die objektive Unbefangenheit des Sachverständigen zu überprüfen und damit die Fairness des Verfahrens zu gewährleisten.

2.2.5. Last, but not least zur Frage der Haftung:

Der gerichtlich bestellte Sachverständige tritt durch den Hoheitsakt der Bestellung in ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zum Gericht und zu den Parteien. Allerdings vollzieht die ständige oberstgerichtliche Rechtsprechung nicht den Schritt, aus der derart qualifizierten Beziehung

und Stellung des Sachverständigen seine Stellung als Organ im Sinne des § 1 Abs 2 AHG abzuleiten, wie dies beim Amtssachverständigen im Sinne des § 52 Abs 1 AVG der Fall ist: Anders als der Amtssachverständige sei er nicht in den hoheitlichen Meinungsbildungsprozess eingebunden. Das Verfahrensgesetz grenze die hoheitlichen Handlungen der Amtorgane von den Handlungen der Parteien, der Zeugen und Sachverständigen deutlich ab; der gerichtlich bestellte Sachverständige sei „nur Beweismittel“ im Sinne des § 351 ZPO, das vom Richter frei zu würdigen sei. Daraus folge, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige der Prozesspartei unmittelbar und persönlich hafte.¹⁵

Die grundsätzliche Haftung gegenüber den Prozessparteien gründet sich darauf, dass Verfahrensbestimmungen Schutzgesetze im Sinne des § 1311 ABGB darstellen. Sie dienen nicht nur dem allgemeinen öffentlichen Interesse an der ordnungsgemäßen Durchführung gerichtlicher (oder verwaltungsbehördlicher) Verfahren, sondern bezwecken in den Verfahren, in denen es um die Feststellung und Durchsetzung der Rechte einzelner geht, auch den Schutz dieser Rechte.¹⁶

Der Amtssachverständige ist nach ständiger Rechtsprechung Organ im Sinne des § 1 Abs 2 AHG: Bei einem Amtssachverständigen nach dem AVG werde Handeln in Vollziehung der Gesetze angenommen; der Amtssachverständige sei im hoheitlichen Meinungsbildungsprozess eingebunden, er sei noch als Teil der hoheitlich tätigen Behörde anzusehen, da der Wille des Gesetzgebers den Amtssachverständigen mit Verwaltungsorganen gleichstelle.¹⁷

Haftungspflichtig ist im Falle eines Schadens durch ein (schuldhaft unrichtigen) Gutachten eines Amtssachverständigen daher nur der Rechtsträger, in dessen Vollziehung die Verwaltungsbehörde oder das Verwaltungsgericht gehandelt hat. Eine Direktklage gegen den Amtssachverständigen ist nach § 1 Abs 1 und § 9 Abs 5 AHG ausdrücklich ausgeschlossen; der Regressanspruch des Rechtsträgers ist nach § 3 AHG privilegiert.

Anders als der Amtssachverständige im Sinne des § 52 Abs 1 AVG ist der von der Behörde nach Abs 2 leg cit („ausnahmsweise“) herangezogene nichtamtliche Sachverständige nach der Rechtsprechung kein weisungsbundenes Verwaltungsorgan; er sei nicht in den hoheitlichen Meinungsbildungsprozess eingebunden und werde nur in Verfahren herangezogen, in denen nach den Verfahrensgesetzen die hoheitlichen Handlungen der Amtorgane von den Handlungen der Verfahrensbeteiligten (Parteien, Zeugen, Sachverständigen) deutlich getrennt werden. Der nichtamtliche Sachverständige sei somit nach dem Willen des Gesetzes nicht Teil der hoheitlichen Entscheidungsfindung, sondern lediglich ein Beweismittel; seine Aufgabe sei es, an der Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts in der Form mitzuwirken, dass er zunächst Tatsachen erhebe (Befund) und sodann aufgrund seiner besonderen Fachkenntnisse aus diesen Tatsachen die entsprechenden Schlüsse ziehe (Gutachten). Da sein Gutachten der freien Beweiswürdigung der Behör-

de unterliege und diese in ihrer Entscheidung auch eine davon abweichende Auffassung vertreten könne, könne das – nur als Grundlage der staatlichen Entscheidungsfindung dienende – Sachverständigengutachten auch nicht als von der Behörde stammend (und damit nicht als „amtliches Werk“) qualifiziert werden.¹⁸ Der nach § 52 Abs 2 AVG bestellte Sachverständige habe sich selbst schon zuvor durch die Eintragung als allgemein beeideter Sachverständiger oder sonst zu seinem Wissen „öffentlich bekannt“ oder „ohne Not freiwillig ein Geschäft übernommen“ (§ 1299 ABGB), sodass auch seine persönliche Haftung gerechtfertigt sei.¹⁹

3. Resümee

Das Primat des Amtssachverständigen und eine mögliche Einschränkung der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren können aus der Sicht der Partei zu einer Beschränkung des Beweiswerts des Sachverständigengutachtens führen. Eine ganz wesentliche Aufgabe der Verwaltungsgerichte besteht daher darin, unter Wahrung der Grundsätze eines fairen Verfahrens den vollen Beweiswert des Sachverständigengutachtens zu gewährleisten.

Anmerkungen:

- ¹ Die *hearsay (evidence) rule* des *common law* unterwirft in der Verhandlung das Zeugnis über außerhalb dieser abgegebene Erklärungen, also das Zeugnis vom Hörensagen, Beschränkungen.
- ² EGMR 6. 5. 1985, Bsw 8658/79, *Bönisch gegen Österreich*; 5. 7. 2007, Bsw 31930/04, *Eggertsdóttir gegen Island*; 8. 10. 2015, Bsw

77212/12, *Korošec gegen Slowenien*; 3. 5. 2016, Bsw 7183/11, *Letinčić gegen Kroatien*.

- ³ Vgl OGH 19. 12. 2012, 6 Ob 238/12m.
- ⁴ Vgl etwa VwGH 21. 12. 2020, Ra 2020/12/0071 (für den Bereich der Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren); RIS-Justiz RS0043391 (für den Bereich des zivilgerichtlichen Verfahrens).
- ⁵ Vgl etwa *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts¹¹ (2019) Rz 804.
- ⁶ Vgl *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht¹¹, Rz 804.
- ⁷ VfSlg 19.959/2015.
- ⁸ Vgl § 76 Abs 1 AVG.
- ⁹ Vgl *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht¹¹, Rz 336.
- ¹⁰ *Funk*, Die Aufgaben des Sachverständigen im Rahmen rechtlicher Entscheidungen, in *Aicher/Funk*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1 (13 f).
- ¹¹ Vgl § 289 StGB.
- ¹² Vgl die in *Hengstschläger/Leeb*, AVG II (2005) § 52 Rz 51, zitierte Rechtsprechung und Lehre.
- ¹³ Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG II, § 52 Rz 41.
- ¹⁴ VfSlg 19.902/2014.
- ¹⁵ OGH 24. 4. 2001, 1 Ob 1/01f; 20. 10. 2004, 7 Ob 247/04f.
- ¹⁶ OGH 13. 6. 2000, 1 Ob 79/00z.
- ¹⁷ Vgl die in RIS-Justiz RS0049801 zitierte Rechtsprechung.
- ¹⁸ Vgl OGH 17. 11. 1987, 4 Ob 306/86.
- ¹⁹ OGH 20. 3. 1985, 1 Ob 7/85.

Korrespondenz:

Dr. Markus Thoma

Verwaltungsgerichtshof

Judenplatz 11, 1010 Wien

E-Mail: markus.thoma@vwgh.gv.at