

**AA GmbH & Co KG;
Verfahren nach dem AVG - Beschwerde**

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Mag. Gerold Dünser über die Beschwerde der AA GmbH & Co KG, vertreten durch BB Rechtsanwälte, Adresse 1, X, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft X vom 19.01.2017, ZI ****, betreffend die Vorschreibung von Kosten für die Einholung eines Gutachtens eines nichtamtlichen Sachverständigen in der Höhe von Euro 9.240,00,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß den §§ 27 und 28 Abs 2 VwGVG wird der Beschwerde **Folge gegeben** und der angefochtene Bescheid ersatzlos **behoben**.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist die **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Soweit die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof in Wien für zulässig erklärt worden ist, kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser

Entscheidung eine ordentliche Revision erhoben werden. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision kann innerhalb dieser Frist nur die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

Wenn allerdings in einer Verwaltungsstrafsache oder in einer Finanzstrafsache eine Geldstrafe von bis zu Euro 750,00 und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte und im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu Euro 400,00 verhängt wurde, ist eine (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof wegen Verletzung in Rechten *nicht* zulässig.

Jedenfalls kann gegen diese Entscheidung binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, erhoben werden.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

Entscheidungsgründe

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde festgestellt, dass aufgrund des Antrages der Beschwerdeführerin betreffend die Erteilung einer naturschutzrechtlichen Bewilligung zur Umsetzung des Projektes „AA Ysee“ im Gemeindegebiet Y vom 25.01.2016, bei der Bezirkshauptmannschaft X eingelangt am 18.02.2016, mit Herrn DI CC ein nichtamtlicher Sachverständiger für Naturschutz für die Erstellung eines Gutachtens habe bestellt werden müssen.

Gemäß § 76 AVG sei die Beschwerdeführerin daher verpflichtet, dafür Euro 9.240,00 an Barauslagen zu entrichten. Festgehalten wird, dass der Grund der Einholung des Gutachtens in der Begründung des angefochtenen Bescheides nicht näher releviert wird, sondern dazu lediglich ausgeführt wird, dass „aufgrund der Besonderheiten des gegenständlichen Verfahrens“ der besagte nichtamtliche Sachverständige zu bestellen gewesen sei.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 08.06.2016 wurde DI CC zum nichtamtlichen Sachverständigen für Naturschutz im Verfahren betreffend das Projekt „AA Ysee“ bestellt. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 09.12.2016 wurden die Kosten des nichtamtlichen Sachverständigen für dessen Tätigkeit im Zeitraum vom 27.06.2016 bis zum 28.07.2016 mit insgesamt Euro 9.240,00 festgesetzt und in weiterer Folge auch beglichen.

Aus dem Akt der belangten Behörde lässt sich weiters entnehmen, dass die Bestellung des nichtamtlichen Sachverständigen auf eine Weisung des für Naturschutz zuständigen

Mitglied der Tiroler Landesregierung zurückzuführen ist. Wie sich aus der Email-Nachricht des zuständigen Regierungsmitgliedes vom 07.06.2016 ergibt, wird die Weisung damit begründet, dass die Einschätzung des Amtssachverständigen nicht mit der Einschätzung des Gestaltungsbeirates korreliert habe.

Gegen die nunmehrige Kostenvorschreibung richtet sich das eingebrachte Rechtsmittel. Darin wird zusammenfassend vorgebracht, dass die Bestellung des nichtamtlichen Sachverständigen rechtswidrig gewesen sei und auch die Auferlegung der Gebühren des nichtamtlichen Sachverständigen nicht rechtmäßig sei.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol geht von nachstehendem entscheidungsrelevantem Sachverhalt aus:

Die belangte Behörde hat im Zusammenhang mit dem bei ihr geführten Genehmigungsverfahren nach dem Tiroler Naturschutzgesetz betreffend das Vorhaben „AA Ysee“ zunächst ein Gutachten eines Amtssachverständigen für Naturschutz, der der belangten Behörde beigegeben ist, eingeholt. Die belangte Behörde stützt sich auch in ihrem Genehmigungsbescheid ausdrücklich auf dieses Gutachten.

Aufgrund einer Weisung des für Naturschutz zuständigen Mitgliedes der Tiroler Landesregierung wurde ein weiteres Gutachten eines nichtamtlichen Sachverständigen für Naturschutz eingeholt. Dabei werden im Verhältnis zum Gutachten des amtlichen Sachverständigen keine neuen fachlichen Fragestellungen bearbeitet; beide Gutachten wurden somit zum selben Themenkreis eingeholt.

Der Ersatz der Kosten für die Erstattung dieses Gutachtens des nichtamtlichen Sachverständigen soll nunmehr der Antragstellerin betreffend des Vorhabens „AA Ysee“ vorgeschrieben werden.

Dass die Einholung dieses Gutachtens tatsächlich notwendig bzw erforderlich wäre, lässt sich den Akten der belangten Behörde, wie auch dem Akt des Landesverwaltungsgerichtes zur ZI LVwG-**** (Verfahren über die Beschwerde des Landesumweltanwalts gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 28.10.2016, ZI ****, betreffend Genehmigung des besagten Vorhabens), nicht entnehmen.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol stellt daher fest, dass die Einholung des Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen DI CC nicht notwendig gewesen ist.

Weiters sei an dieser Stelle festgehalten, dass der belangten Behörde nicht nur der unmittelbar ihr beigegebene Amtssachverständige für Naturschutz zur Verfügung gestanden ist, sondern auch zahlreiche weitere in Frage kommende Amtssachverständige beim Amt der Tiroler Landesregierung und auch bei anderen Bezirksverwaltungsbehörden in Tirol. Weshalb vor diesem Hintergrund nicht ein weiteres Gutachten eines Amtssachverständigen, sondern eines nichtamtlichen Sachverständigen eingeholt wurde, ist aus dem gesamten Akteninhalt nicht nachvollziehbar.

Beweiswürdigung:

Die maßgeblichen Feststellungen stützen sich ausschließlich auf den vorgelegten Akt der belangten Behörde. Aus dem gesamten Akt wie auch aus der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes zur zitierten Zahl lässt sich kein Hinweis entnehmen, wonach die Einholung des Gutachtens des nichtamtlichen Sachverständigen DI CC tatsächlich erforderlich gewesen wäre.

Soweit die Weisung des für Naturschutz zuständigen Regierungsmitgliedes mit einem potentiellen Widerspruch der Feststellungen des Amtssachverständigen zu jenen des Gestaltungsbeirats begründet wird, so wird festgehalten, dass sowohl die belangte Behörde, als auch das Landesverwaltungsgericht im Genehmigungsverfahren in ihrer Beweiswürdigung ausdrücklich festgehalten haben, dass dem Gutachten des Amtssachverständigen zu folgen sei und nicht etwa dem Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen.

Dass daher ein Gestaltungsbeirat mitunter andere ästhetische Empfindungen artikuliert als ein Amtssachverständiger in einem behördlichen Genehmigungsverfahren, führt noch nicht dazu, dass die Einholung eines nichtamtlichen Sachverständigengutachtens tatsächlich erforderlich wäre. Dazu wird auf die rechtlichen Ausführungen verwiesen.

Rechtliche Erwägungen:

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

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

Liegen die Voraussetzungen des § 52 Abs 2 nicht vor, so kann die Behörde gemäß § 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.

Festgehalten sei an dieser Stelle, dass die Beiziehung des nichtamtlichen Sachverständigen nach dem Akteninhalt nicht von der Antragstellerin angeregt wurde. § 52 Abs 3 AVG ist daher für die weitere Beurteilung der Frage der Kostentragungspflicht schon nach dem Wortlaut der Bestimmung irrelevant.

Erwachsen der Behörde bei einer Amtshandlung Barauslagen, so hat gemäß § 76 Abs 1 AVG dafür, sofern nach den Verwaltungsvorschriften nicht auch diese Auslagen von Amts wegen zu tragen sind, die Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat.

Als Barauslagen gelten auch die Gebühren, die den Sachverständigen und Dolmetschern zustehen.

Nach Rechtsprechung (vgl. VwGH 19.06.1990, 89/04/0219) und Lehre (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG, Rz 8 zu § 76) sind Kosten der Behörde im Sinne des § 76 Abs 1 AVG dann nicht erwachsen – und unterliegen damit auch nicht der Ersatzpflicht durch die Partei – wenn es nicht notwendig war, ein kostenverursachendes Sachverständigengutachten einzuholen.

Nach der zitierten Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 19.06.1990 hat die Behörde zwar gemäß § 39 Abs 2 AVG, soweit die Verwaltungsvorschriften hierüber keine Anordnung enthalten, von Amts wegen vorzugehen und den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen (Hinweis E 9.10.1984, 84/07/0188), das bedeutet allerdings nicht, dass die Behörde dabei völlig willkürlich vorgehen und den Parteien des Verwaltungsverfahrens unnötige Kosten aufbürden darf. Dies ergibt sich schon aus dem letzten Satz des § 39 Abs 2 AVG, der normiert, dass sich die Behörde bei allen den Gang des Verfahrens bestimmenden Verfügungen von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen hat (Hinweis E 22. November 1971, 617/71).

Im vorliegenden Verfahren hat die belangte Behörde für den vom nichtamtlichen Sachverständigen zu bearbeitenden Themenkreis zunächst einen ihr beigegebenen amtlichen Sachverständigen beigezogen und sodann auf Grund einer Weisung des für Naturschutzangelegenheiten zuständigen Mitgliedes der Tiroler Landesregierung einen weiteren nichtamtlichen Sachverständigen bestellt. Der Ersatz der Kosten für diesen Sachverständigen ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Festgehalten sei an dieser Stelle, dass nach Ansicht des entscheidenden Gerichts grundsätzlich sehr wohl ein Gutachten eines nichtamtlichen Sachverständigen eingeholt werden kann, selbst wenn für diesen Themenkreis ein Amtssachverständiger zur Verfügung steht, welcher sogar mit dem zu beurteilenden Vorhaben bereits befasst wurde. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel und der Freiheit der Beweiswürdigung. In diesem Zusammenhang ist es nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts auch nicht zu beanstanden, dass auf Grund einer Weisung eines obersten Organs ein weiteres Gutachten eingeholt und der Entscheidungsfindung insgesamt zu Grunde gelegt wird.

Diese Grundsätze des Verfahrensrechts ändern allerdings nichts daran, dass die Vorschreibung der Kosten für ein derartiges Gutachten davon abhängt, dass die Einholung des kostenverursachenden Gutachtens auch tatsächlich erforderlich war. Allein dies ist nach der geschilderten Rechtsprechung Voraussetzung für die Vorschreibung dieser Kosten an den Antragsteller.

Von einer derartigen Erforderlichkeit kann im vorliegenden Fall allerdings nicht die Rede sein:

Die belangte Behörde hat die Bestellung des nichtamtlichen Sachverständigen nicht mit einer fachlichen Notwendigkeit begründet, sondern einzig mit der erteilten Weisung. In weiterer

Folge wurde das Gutachten auch nicht von der belangten Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung herangezogen, wie im Übrigen auch das Landesverwaltungsgericht im zur Zahl LVwG-**** geführten Verfahren dieses Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen inhaltlich nicht zur Begründung der Entscheidung herangezogen hat. Dass das Gutachten des Amtssachverständigen unvollständig oder nicht nachvollziehbar gewesen wäre, lässt sich der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts indes nicht entnehmen. Vielmehr stützt sich das Landesverwaltungsgericht in der Entscheidung vom 02.06.2017 ausdrücklich auf das Gutachten des Amtssachverständigen und verwirft die entgegenstehende Meinung des nichtamtlichen Sachverständigen (vgl dazu die Ausführungen auf Seite 39 des Erkenntnisses des LVwG Tirol vom 02.06.2017, LVwG-****-13)

Auch kann nicht davon die Rede sein, dass das Gutachten etwa wegen einer Befangenheit des Amtssachverständigen nicht verwertbar gewesen sein soll. Eine Befangenheit des Amtssachverständigen kann jedenfalls nicht allein mit der Kommunikation zwischen der Antragstellerin und dem Behördenvertreter begründet werden. So ist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen (vgl. zB VwGH 29.10.1987, 87/06/0107), dass einer Partei von der Behörde die Gelegenheit zur Modifikation ihres Bauprojektes gegeben werden muss, um die Genehmigungsfähigkeit zu erreichen (ähnlich etwa VwGH 17.08.2000, 99/12/0164, 18.10.2000, 2000/12/0241). Dass der Antragsteller bei einem Ersuchen an die Behörde um Mitteilung der Erforderlichkeit der Vorlage weiterer Unterlagen dabei Formulierungen verwendet (*„um den Argumenten der Gegenseite den Wind aus den Segeln zu nehmen“*), die bei Anwendung durch den Behördenvertreter tatsächlich Zweifel an dessen Unbefangenheit hervorrufen würden, vermag eine Befangenheit des Behördenvertreter jedenfalls nicht zu bewirken; noch viel weniger jedenfalls des Amtssachverständigen, der schon nach dem Akteninhalt in diesen Vorgang gar nicht eingebunden war.

Insgesamt wird daher dazu festgehalten, dass die Grundprinzipien des Verwaltungsverfahrensrechts auch auf der Amtswegigkeit des Verfahrens beruhen wie auf der Verpflichtung zur Wahrung des Parteiengehörs. Dabei trifft die Behörde auch nach unterschiedlichen Vorgaben des AVG die Verpflichtung, die Partei auf Mängel in ihrem Anbringen hinzuweisen und sie zur formellen wie inhaltlichen Verbesserung anzuleiten (vgl dazu etwa auch die umfangreiche Judikatur des VwGH zum Überraschungsverbot, zB VwGH 03.08.2016, Ra 2016/07/0040).

Da nach dem Gesagten nicht erkennbar ist, weshalb nach Erstattung des Gutachtens des Amtssachverständigen der belangten Behörde ein weiteres Gutachten erforderlich gewesen sein sollte und überdies auch bei der Oberbehörde der belangten Behörde genügend Amtssachverständige für das in Frage stehende Themengebiet zur Verfügung stehen, war die Einholung des kostenverursachenden Gutachtens nicht erforderlich. Aus diesen Gründen kommt eine Überwälzung dieser Kosten auf die Antragstellerin nicht in Betracht.

Der angefochtene Bescheid war damit ersatzlos zu beheben, die Kosten für die Einholung des Gutachtens des nichtamtlichen Sachverständigen sind von der Behörde zu tragen.

Vor diesem Hintergrund war gemäß § 24 Abs 2 Z 1 VwGVG die Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung nicht erforderlich.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Gemäß Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Hat das Erkenntnis nur eine geringe Geldstrafe zum Gegenstand, kann durch Bundesgesetz vorgesehen werden, dass die Revision unzulässig ist.

Im vorliegenden Fall liegt keine Rechtsfrage vor, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Dazu wird auf die in der Begründung zitierte Judikatur verwiesen. Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist daher nicht zulässig.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Mag. Gerold Dünser
(Richter)