

Der Sachverständigenbeweis im Verwaltungsverfahren

Dr. Heinz Schwarzbeck
Amt der Stmk. Landesregierung
Fachabteilung 13 B – Bau- und Raumordnung

November 2008

I. Die Tätigkeit des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren

Einer der wichtigsten Teile des Verwaltungsverfahrens ist das Ermittlungsverfahren in der I. Instanz. In diesem Verfahrensabschnitt wird nämlich sämtlichen Parteien die Möglichkeit gegeben, ihren Rechtsstandpunkt darzulegen und ihre Interessen zu vertreten. Aber auch für die Behörde ist dieser Verfahrensabschnitt von großer Bedeutung, da sie hier die Aufgabe hat, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen.

Das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) enthält nur wenige Bestimmungen, die den Ablauf des Ermittlungsverfahrens regeln. Als zentrale Norm legt § 37 AVG zunächst den Zweck des Ermittlungsverfahrens dahingehend fest, dass der für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebende Sachverhalt festzustellen und gleichzeitig den Parteien die Gelegenheit einzuräumen ist, ihre Rechte und rechtlichen Interessen geltend zu machen. Hier ist insbesondere auch das Recht der Partei bezüglich der Wahrung des Parteiengehörs zu nennen.

Grundsätzlich ist die Behörde ermächtigt, den Gang des Ermittlungsverfahrens von Amts wegen zu bestimmen. Dabei obliegt es ihrem Ermessen, ob sie eine mündliche Verhandlung durchführt oder beispielsweise mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung entweder verbindet oder trennt. Oberste Maxime für die Vorgangsweise der Behörde bei der Durchführung des Ermittlungsverfahrens ist stets die Bedachtnahme auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis.

Unter Zugrundelegung der Bestimmungen des AVG haben Lehre und Judikatur Grundsätze für die Durchführung des Ermittlungsverfahrens gebildet, wobei im Folgenden lediglich auf die für den Sachverständigen relevanten Prinzipien eingegangen wird.

Der Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel

bedeutet, dass die Behörde alles als Beweismittel heranziehen kann, was ihr für die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes je nach Lage des Falles zweckdienlich erscheint (§ 46 AVG). Als Beweismittel sieht das AVG die Parteieneinvernahme, die Zeugenaussage, den Lokalaugenschein, die Urkunde und den Sachverständigenbeweis an. Da aber Beweismittel unbeschränkt sind, ist es nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes der Behörde

nicht verwehrt, z.B. auch die „allgemeinen Lebenserfahrungen“ zu verwerten (VwGH 16.03.1978, Zl.: 747/78). Demzufolge ist von einer Gleichwertigkeit aller Beweismittel auszugehen.

Außerdem beherrscht der **Grundsatz der freien Beweiswürdigung** das Ermittlungsverfahren.

Die Behörde ist auf Grund dieser Regelung in ihrer Beweiswürdigung „frei“, was bedeutet, dass sie in der Würdigung der aufgenommenen Beweise an keinerlei Regeln gebunden ist. Es ist ihr aber verwehrt, willkürlich vorzugehen und gleichsam nach „freiem Ermessen“ zu entscheiden. Der wesentliche Unterschied zwischen „freier Beweiswürdigung“ und „freiem Ermessen“ liegt nämlich darin, dass die freie Beweiswürdigung ein Denkprozess nach den Gesetzen der Logik ist und freies Ermessen eine Willensbildung in einem gesetzlichen Rahmen. Eine Einschränkung der freien Beweiswürdigung besteht in jenen Fällen, in denen gesetzliche Vermutungen, amtsbekannte oder offenkundige Tatsachen eine Rolle spielen.

Dem Sachverständigen kommt im Ermittlungsverfahren die Funktion eines „Beweismittels“ zu und ist dieser sohin ein Hilfsorgan der zur Entscheidung zuständigen Behörde.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes müssen Sachverständige physische Personen sein, weshalb nur Personen oder Personengemeinschaften als Sachverständige in Betracht kommen, die über die entsprechenden Fachkenntnisse verfügen und über für die Entscheidung erheblichen Tatsachen Auskunft erteilen können (VwGH 25.09.1995, Zl.: 95/10/0034 u.a.). Unter Zuhilfenahme der Fachkenntnis eines Sachverständigen muss sich die Behörde ein Urteil über bestimmte Sachverhaltselemente, die zur Lösung der Problematik von Bedeutung sind, bilden können. Die Aufgabe des Sachverständigen ist es daher, die entscheidungsrelevanten Tatsachen klarzustellen und Ursache sowie Wirkung auf Grund von Sachkenntnissen zu beschreiben und darüber hinaus ein Gutachten zu erstellen.

In diesem Zusammenhang ist ein weiterer Grundsatz des Verwaltungsverfahrens, nämlich **der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit**, zu nennen, der besagt, dass die Behörde nicht an das tatsächliche Vorbringen der Parteien gebunden ist. Die Behörde ist nämlich verpflichtet, den Wahrheitsgehalt eines Sachverhaltes von sich aus zu prüfen und zu ermitteln, wobei den Parteien aber eine Mitwirkungspflicht an der Feststellung des

maßgebenden Sachverhaltes zukommt. Die Beweislast trägt grundsätzlich die Behörde. Dies bedeutet, dass in einem Verfahren seitens der Behörde, unabhängig davon, welchen Sachverhalt die Parteien als gegeben annehmen, Beweise zu erheben sind. Ein sogenanntes „außer Streit stellen“, wie dies im Zivilprozess möglich ist, gibt es im Verwaltungsverfahren nicht. Um aber einen Sachverhalt korrekt feststellen zu können, ist die Beiziehung eines Sachverständigen meist unbedingt erforderlich. Dem Sachverständigen kommt im Ermittlungsverfahren besondere Bedeutung zu. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass der Sachverständige über ausgezeichnete Fachkenntnisse und über genaue Kenntnisse der anzuwendenden Rechtsvorschriften, insbesondere auch der hiezu ergangenen Rechtsprechung, verfügen muss.

In diesem Zusammenhang ist aber darauf hinzuweisen, dass es nicht Aufgabe eines Sachverständigen ist, Rechtsfragen zu beantworten. Derartige Fragen sind ausschließlich von der erkennenden Behörde zu beurteilen.

Gemäß § 52 Abs. 1 AVG hat die Behörde grundsätzlich Amtssachverständige heranzuziehen. Amtssachverständige sind jene Sachverständigen, die der Behörde beigegeben sind oder ihr zur Verfügung stehen. Nichtamtliche Sachverständige dürfen nur dann beigezogen werden, wenn Amtssachverständige nicht zur Verfügung stehen bzw. es auf Grund der Besonderheit des Falles geboten erscheint oder eine wesentliche Verfahrensbeschleunigung zu erwarten ist (§ 52 Abs. 2 und 3 AVG).

Dem Sachverständigenbeweis kommt eine ganz besondere Aufgabe zu, da aus den ermittelten Tatsachen Schlüsse gezogen werden und so zwischen den vom Sachverständigen ermittelten Tatsachen, dem Sachverhalt und dem im Gesetz geregelten Tatbestand einer Norm ein Zusammenhang hergestellt wird. Daraus folgt, dass sich ein Sachverständigenbeweis in zwei Teile gliedert, nämlich einerseits in die Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes, den Befund und andererseits in die fachliche Beurteilung dieses Sachverhaltes, dem Gutachten im engeren Sinn. Nach der aktuellen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bedarf es keiner direkten Trennung zwischen Befund und Gutachten im engeren Sinn (VwGH 11.05.1998, Zl.: 96/10/0137 u.a.). Trotz dieser Rechtsprechung ist es ratsam, ein Gutachten in Befund und Gutachten im engeren Sinn zu gliedern, um eine Überprüfung der Schlüssigkeit des Gutachtens in der Praxis zu erleichtern und auch etwaige Fehlerquellen bei der Beweiswürdigung durch die Behörde auszuschließen.

In der Praxis wird der Begriff „Gutachten“ im weiteren Sinn oft als Überbegriff für Befund und Gutachten im engeren Sinn verwendet. Sofern im Folgenden also vom Gutachten eines Sachverständigen gesprochen wird, wird dieses immer als Überbegriff für Befund und Gutachten im engeren Sinn verwendet.

Der Sachverständige stellt der entscheidenden Behörde sohin seinen Denkvorgang zur Verfügung. Die Behörde selbst ist an diese „Denkabläufe“ des Sachverständigen jedoch nicht gebunden, da sie jederzeit den Denkvorgang des einen Sachverständigen durch andere Sachverständige ersetzen oder, sofern sie das erforderliche Fachwissen selbst besitzt, Denkvorgänge alleine erledigen kann. Bei letzterem sind der Behörde aber Grenzen gesetzt, d.h. die Behörde muss tatsächlich über das erforderliche Fachwissen verfügen. Es ist daher nicht möglich, dass eine Behörde, nur weil das Ergebnis eines Sachverständigenbeweises nicht mit dem „gewollten Ergebnis“ übereinstimmt, selbst Denkvorgänge ohne erforderliches Fachwissen vornimmt und so das Sachverständigengutachten außer Kraft setzen möchte. Eine so gewonnene Entscheidung der Behörde kann beim bescheiderlassenden Organ sogar den Tatbestand des Missbrauchs der Amtsgewalt erfüllen.

Als Grundlage für den Sachverständigen dienen meist der gesamte vorliegende Akt sowie die gesetzlichen Grundlagen samt Verordnungen, Richtlinien und die ergangenen höchstgerichtlichen Entscheidungen. Mitunter ist es für den Sachverständigen sehr schwierig, die Grenze zwischen einer fachlichen Begutachtung und einer rechtlichen Beurteilung zu erkennen, was in der Praxis zu Schwierigkeiten führen kann. Mit dieser Problematik war der Verwaltungsgerichtshof bereits befasst und hat dieser im Erkenntnis vom 29.08.1990, Zl.: 90/02/0068, ausgeführt, dass bei Vorliegen eines schlüssigen Gutachtens eine gleichzeitig vorgenommene juristische Wertung für die Verwertbarkeit des Gutachtens ohne Bedeutung ist. Eine Befangenheit des Sachverständigen aus diesem Grund ist ebenfalls nicht gegeben.

Aus diesem Erkenntnis ergibt sich sohin, dass ein Gutachten, das auch rechtliche Ausführungen enthält, das Gutachten an sich nicht wirkungslos macht. Sehr wohl muss dieses Gutachten aber schlüssig sein. Schlüssig bedeutet, dass der Sachverständige die entscheidungswesentlichen Tatsachen klarzustellen und auf Grund seiner Sachkenntnis deren Ursachen und Wirkungen zu beschreiben hat. In einem Gutachten im engeren Sinn stellt er die Brücke zur Lösung der Rechtsfrage für die erkennende Behörde her. Weicht der

Sachverständige nämlich von einer objektiv nachvollziehbaren Begründung ab und definiert nicht klar die Beurteilungsmaßstäbe, so ist sein Gutachten unschlüssig und kann der behördlichen Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden.

Für die Befundaufnahme im Rahmen der Erstellung eines Gutachtens ist es in der Regel notwendig, einen Ortsaugenschein durchzuführen. Hier stellt sich die Frage, ob Parteien des Verwaltungsverfahrens ein Recht haben, an diesem Lokalaugenschein teilzunehmen. Hiezu hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 26.11.1991, Zl.: 91/05/0119, festgehalten, dass den Parteien kein Recht einzuräumen ist, dem Lokalaugenschein des Sachverständigen beigezogen zu werden und an den Sachverständigen Fragen zu stellen. Diesbezüglich genügt es, wenn das Sachverständigengutachten den Parteien in Wahrung des Parteiengehörs gemäß § 45 Abs. 3 AVG zur Kenntnis gebracht wird und ihnen innerhalb einer angemessenen Frist (meist 2 Wochen) die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme eingeräumt wird. Der Verwaltungsgerichtshof stellt auch klar, dass es nicht unbedingt notwendig ist, dass der Sachverständige seinen Befund selbst erhebt. Wichtig ist lediglich darzustellen, auf welche Weise der Sachverständige zu den Tatsachenfeststellungen gekommen ist. Das heißt, der Sachverständige muss seine Grundlagen, auf denen das Gutachten beruht, offen legen.

Welche Möglichkeiten hat nun eine Verfahrenspartei, die der Ansicht ist, dass das Gutachten nicht korrekt erstellt wurde bzw. nicht das gewünschte Ergebnis erbringt?

Hiezu hat der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt, dass einem schlüssigen Gutachten in seiner Beweiskraft nur durch ein Gutachten auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten werden kann. Das heißt, nur unter der Voraussetzung, dass es sich um ein schlüssiges Gutachten handelt, ist es erforderlich, ein gleichwertiges Gegengutachten einzuholen, um das andere in seiner Beweiskraft zu erschüttern. Der Partei ist es sohin ohne Gegengutachten möglich, etwaige Unschlüssigkeiten und Unvollständigkeiten eines Gutachtens aufzuzeigen und das Gutachten wegen mangelnder Schlüssigkeit und Unvollständigkeit zu bekämpfen. Die Behörde hat ein derartiges Vorbringen jedenfalls zu prüfen und ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. Nicht ausreichend wäre die Begründung der Behörde, eine Verfahrenspartei sei einem Gutachten nicht auch auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten, ohne zu prüfen, ob das eingeholte Gutachten schlüssig ist.

II. Erstellung eines Gutachtens

Das AVG enthält keine besonderen Formvorschriften für die Abfassung eines Gutachtens. Dennoch gilt das Grundprinzip, dass sich der Gutachter in seinem Urteil bzw. in seiner Schlussfolgerung, auf die Fragestellung, auf den Befund, auf Tatsachen und auf seine Fachkenntnisse zu stützen hat. Festzuhalten gilt es, dass die Bezeichnung eines Gutachtens für die Qualität und Brauchbarkeit bzw. Verwertbarkeit im Verfahren nicht von Bedeutung ist. Ob nun die Bezeichnung Gutachten, gutachtliche Stellungnahme bzw. fachliche Äußerung gewählt wird, ändert nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nichts an dem rechtlichen Charakter eines Gutachtens, als es ausschließlich auf den inneren Gehalt ankommt, ob von einem Gutachten gesprochen werden kann oder nicht. Dennoch ist es ratsam, ein Gutachten auch als solches zu bezeichnen.

Aufbau eines Gutachtens

Adressat (Auftraggeber)

Bezeichnung der Rechtssache:

1. Auftrag und Fragestellung:

In diesem Abschnitt sind der Zweck und das Thema des Gutachtens anzugeben. Hier ist es insbesondere wichtig, die genaue Fragestellung der Behörde darzulegen. Die Behörde ist dabei angehalten, die Fragestellung so klar und deutlich wie möglich zu gestalten, da bei einer präzisen Fragestellung auch eine präzise Antwort des Sachverständigen möglich ist. Allgemein gestellte Anfragen begründen allgemeine Antworten und sind diese dann zumeist nicht geeignet, zumal sie einen weiten Interpretationsweg offen lassen, einem Verfahren als ausreichendes Ermittlungsergebnis zugrunde gelegt zu werden.

2. Befund und Sachverhaltsdarstellung

Im Befund eines Gutachtens sind sämtliche Grundlagen, auf die sich das Gutachten gründet, sowie die Art bzw. allenfalls die Quellen der Beschaffung darzustellen. Der Befund ist sohin eine Zusammenfassung aller maßgebenden Umstände und Tatsachen, auf denen das

Gutachten aufbaut, d.h. es werden rechtlich relevante Unterlagen sowie allfällige Parameter anzuführen sein.

Auch müsste hier die Aufzählung des Istzustandes, des Istmaßes und von Tatsachen, aber auch vom Sollzustand bzw. vom Beurteilungsmaß und Widmungsmaß, allenfalls von Grenzwerten erfolgen. Ebenso müssten vorhandene Unterlagen und selbst erarbeitete Unterlagen, aber auch etwaige vorhandene sonstige Tatsachen genannt werden.

Enthält ein Gutachten überhaupt keine Befundung oder ist die Sachverhaltsdarstellung unvollständig, so ist ein wesentlicher Mangel des Gutachtens gegeben. Ein Gutachten im engeren Sinne, welches sich auf einen derartigen mangelhaften Befund stützt, ist als Sachverständigenbeweis für die Entscheidung der Behörde unbrauchbar und sohin für die Behörde wertlos.

Wie bereits eingangs dargelegt wurde, ist es nicht erforderlich, dass der Sachverständige persönlich den Sachverhalt auf Grund eigener Wahrnehmung zu bezeugen vermag. Ihm ist es ohne weiteres gestattet, auf etwaige andere Gutachten oder Äußerungen, wobei hier auf die Authentizität zu achten ist, zurückzugreifen.

3. Gutachten im engeren Sinn

Die Schlussfolgerungen (conclusio) des Sachverständigen aus dem Befund in Verbindung mit seinem Fachwissen und den gesetzlichen Normierungen bilden das eigentliche Gutachten. Dieser Teil eines Gutachtens ist besonders ausführlich zu begründen. Die Begründung hat derart zu erfolgen, dass ein Fachmann sowohl den Inhalt und den Aufbau überprüfen kann und sie für einen rechtskundigen Entscheidungsträger verständlich und schlüssig ist. Daher ist eine besondere Aufgabe des Sachverständigen, genau darzulegen, auf welchem Wege er zu seinen Schlussfolgerungen gekommen ist, um das Gutachten auf seine Schlüssigkeit hin überprüfen zu können. Insbesondere bei negativen Gutachten muss der Sachverständige die Gründe, die zum negativen Gutachten führten, derart klar darlegen, damit auch dem Antragsteller bzw. dem Planer klar ist, auf welche Art und Weise er allenfalls ein Projekt abändern muss, um dieses genehmigungsfähig machen zu können. Wichtig ist jedenfalls, dass sich die Begründung aus dem Beweisthema, den Grundlagen und den Befund ergeben muss.

Das Urteil aus der Fragestellung muss entweder mit ja oder mit nein erfolgen, allenfalls unter eventuellen Vorschlägen, dass Auflagen bescheidmäßig vorzuschreiben wären.

Auflagen

In verschiedenen Gesetzen ist vorgesehen, dass die Erledigung nicht in einem bloßen **ja** oder in einem bloßen **nein** bestehen kann, sondern dass eine Genehmigung unter Vorschreibung von Auflagen zu erteilen ist. Auflagen dürfen nur dann in einen Bescheid aufgenommen werden, wenn dies im Gesetz vorgesehen ist. In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass über das Wesen der Auflage Unklarheit besteht. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwSlg 6400/A) besteht das Wesen von Auflagen darin, dass mit einem Verwaltungsakt dessen Hauptinhalt begünstigend ist, eine Reihe von belastenden Geboten oder von Verboten verbunden werden. Damit wird nicht das mit dem begünstigenden Verwaltungsakt begründete Recht seinem Inhalt oder seinem Umfang nach eingeschränkt sondern nur der Inhaber des Rechtes für den Fall der Gebrauchnahme zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet, das im Wege der Vollstreckung erzwingbar ist. Das durch den Spruch gestaltete Rechtsverhältnis bleibt aber auch bei Nichtbeachtung der Auflage bestehen.

Tatsächlich werden aber nicht selten als Auflagen Vorschreibungen gemacht, die eine amtswegige Änderung des Verfahrensgegenstandes bedeuten. Durch die Bestimmung des § 29 Abs. 5 Steiermärkisches Baugesetz ist es möglich, projektsändernde Auflagen vorzuschreiben, um den von der Behörde zu wahren öffentlichen Interessen sowie den subjektiv-öffentlichen Rechten der Nachbarn zu entsprechen.

Durch die Erteilung von Auflagen werden mitunter in Bescheiden Vorschreibungen gemacht, die außerhalb des Zuständigkeitsbereiches der bescheiderlassenden Behörde liegen - beispielsweise Auflagen, die straßenrechtliche Belange betreffen. Es sei noch auf einen Mangel hingewiesen, der sich im Zusammenhang mit der Vorschreibung von Auflagen recht häufig findet. In Bescheiden werden als Auflagen Verpflichtungen vorgeschrieben, die ohnehin ex lege bestehen. So wird z.B. in baurechtlichen Bescheiden gar nicht selten als „Auflage“ die Einhaltung der Bestimmungen des Steiermärkischen Baugesetzes vorgeschrieben. Derartige Vorschreibungen zwingender gesetzlicher Vorschriften sind überflüssig und haben jedenfalls zu unterbleiben. Gesetzliche Bestimmungen gelten bereits aufgrund

ihres gesetzlichen Charakters, nicht aber erst deswegen, weil sie als Auflage vorgeschrieben sind.

Um der Behörde bei der Entscheidungsfindung ihre Tätigkeit zu erleichtern, ist es auch Aufgabe von den Sachverständigen „richtige“ Auflagen vorzuschlagen, bei deren Einhaltung die positive Beurteilung des Vorhabens möglich ist. Daher müssen Auflagen begründet sein und ist bei der Erstellung von Auflagen darauf zu achten, dass sie sich im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften halten. Weiters müssen die Auflagen so formuliert werden, dass deren Erfüllung von der Behörde allenfalls vollstreckt werden kann. Das heißt Auflagen müssen klar formuliert werden, um sie im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens (VVG-Verfahren) durchsetzen zu können. Sohin ergeben sich nachfolgende Anforderungen an Auflagen:

Auflagen müssen insbesondere

- erforderlich
- geeignet
- hinreichend bestimmt und
- behördlich erzwingbar sein.

a) Erforderlichkeit

Auflagen müssen im Hinblick auf die nach den jeweiligen Materienvorschriften zu schützenden Interessen erforderlich sein (z.B. hinsichtlich der Bestimmung des § 29 Abs. 5 des Steiermärkischen Baugesetzes i.V.m. § 26 Abs. 1 BauG i.V.m. § 43 BauG). Die Behörde ist dabei verpflichtet zu prüfen, welche von mehreren möglichen Auflagen für den Konsenswerber weniger einschneidend ist (vgl. VwSlg. 10.020 A/1980 u.a.).

b) Geeignetheit

Auflagen müssen geeignet sein, den an ihre Einhaltung geknüpften Erwartungen gerecht zu werden. Insbesondere darf ihre Erfüllung (z.B. in technischer Hinsicht) nicht faktisch unmöglich sein. Keine Unmöglichkeit nimmt der Verwaltungsgerichtshof an, wenn der Erfüllung der Auflagen privatrechtliche Hindernisse entgegenstehen. Auch ist z.B. die

Vereinbarkeit baurechtlicher Auflagen mit gewerberechtlichen Vorschriften nicht zu prüfen (VwSlg. 11.188 A/1983). Ungeeignet ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes insbesondere auch die bloße Vorschreibung von Immissionsgrenzwerten allein, ohne dass im Einzelnen bestimmte (immissionsmindernde) Maßnahmen, bei deren Einhaltung die Wahrung dieses Grenzwertes zu erwarten ist, vorgeschrieben werden.

c) Bestimmtheit

Auflagen müssen konkrete Gebote oder Verbote enthalten. Dem Verpflichteten müssen die Grenzen seines Verhaltens und damit die Einhaltung der Auflagen jederzeit zweifelsfrei erkennbar sein. Die Nichteinhaltung vorgeschriebener Auflagen ist regelmäßig unter Strafe gestellt (z.B. § 118 Abs. 2 Z. 11 Steiermärkisches Baugesetz). Ist die Auflage jedoch nicht hinreichend bestimmt, scheidet eine Strafbarkeit aus. Nicht hinreichend bestimmt sind z.B. die Auflagen,

- „während der Nachtzeit“ (ohne konkrete Zeitangabe) seien bestimmte Vorkehrungen zu treffen (Nachtzeit ist nicht unbedingt von 22.00 Uhr bis 6.00 Uhr).
- der „Spukstoffanteil im Brennstoff“ der Wirbelschichtanlage dürfe „10 %“ nicht überschreiten (der Prozentsatz kann sich auf Gewicht, Volumen, Brennstoffwärmeleistung oder dgl. beziehen).

Die Frage, ob der Verweis auf ein Verhandlungsprotokoll zulässig ist, wird in der Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet. Es ist jedoch für die Behörde jedenfalls ratsam, um etwaige Rechtsunsicherheiten von vornherein ausschließen zu können, sämtliche Auflagen im Spruch des Bescheides aufzunehmen.

d) Behördliche Erzwingbarkeit

Auflagen müssen so gestaltet sein, dass sie im Verwaltungsstrafverfahren oder im Wege einer Zwangsmaßnahme bzw. der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden können. Weiters fordert der Verwaltungsgerichtshof, dass die Auflagen Maßnahmen vorsehen müssen, die der Behörde eine jeweils aktuelle Kontrollmöglichkeit auf deren Einhaltung einräumen.

Die Feststellung, ob die sachverhaltsbezogenen Voraussetzungen für die Vorschreibung von Auflagen vorliegen, ist Gegenstand des Sachverständigenbeweises.

Festgehalten wird in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich, dass Auflagen sich auf ein Verhalten des Konsenswerbers – nicht dritter Personen – zu beziehen haben. Das heißt, durch eine Auflage kann keine andere Person als der Konsenswerber zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet werden.

Sobald die entscheidende Behörde das von ihr eingeholte Gutachten erhält, hat sie es auf seine Schlüssigkeit hin zu überprüfen, das heißt, ob es den logischen Regeln des Denkens, also den Gesetzen des richtigen zur Erkenntnis der Wahrheit führenden Denkens entspricht. Stellt sie fest, dass das Gutachten unschlüssig ist bzw. an einer mangelnden Befundung leidet, so hat sie es mit einer ergänzenden Fragestellung an den Sachverständigen zurückzustellen und ihn um Vervollständigung zu ersuchen oder hat überhaupt ein anderes Gutachten einzuholen. Werden in einem Verfahren mehrere Gutachten eingeholt bzw. von Parteien vorgelegt, so hat die Behörde sämtliche Gutachten auf ihre Schlüssigkeit hin zu überprüfen und muss in ihrer Entscheidung genau darlegen, warum sie sich dem einen und nicht dem anderen Gutachten angeschlossen hat.