

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

28.03.2017

**Geschäftszahl**

Ro 2016/09/0009

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rosenmayr und die Hofräte Dr. Doblinger, Dr. Hofbauer und Mag. Feiel sowie die Hofrätin Mag. Rossmisel als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Schreiber, über die Revision des Bundesdenkmalamtes gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. August 2016, W170 2000690-1/27E, betreffend Unterschutzstellung nach dem Denkmalschutzgesetz (mitbeteiligte Partei: Marktgemeinde Reutte, vertreten durch den Bürgermeister), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Beschluss wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

**Begründung**

1 Mit Bescheid der Revisionswerberin vom 18. Juli 2011 wurde festgestellt, dass die Erhaltung der Südtiroler Siedlung hinsichtlich der Außenerscheinung und der Stiegenhäuser, ohne das Innere der Wohnungen in Reutte (nähere Bezeichnung nach Gst. Nr.), gemäß §§ 1 und 3 des Bundesgesetzes vom 25. September 1923, BGBl. Nr. 533/1923 idF BGBl. I Nr. 2/2008 (Denkmalschutzgesetz, DMSG), im Sinne einer Teilunterschutzstellung gemäß § 1 Abs. 8 DMSG im öffentlichen Interesse gelegen sei. Der Bescheid stützte sich dabei wesentlich auf die Ausführungen der Amtssachverständigen Dr. MF.

2 Dagegen erhob die Eigentümerin der Liegenschaften, die Marktgemeinde Reutte, Berufung an die Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur.

3 In der Folge legte die Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur im Hinblick auf den durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz gemäß Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG bewirkten Übergang der Zuständigkeit dem Bundesverwaltungsgericht die Berufung und die Akten des Verwaltungsverfahrens vor.

4 Das Bundesverwaltungsgericht beauftragte die - bereits von der Revisionswerberin beigezogene - Amtssachverständige Dr. MF mit der Erstellung eines neuen Gutachtens. Die gegenständliche Siedlung wurde im Beisein des zur Entscheidung berufenen Richters und der Sachverständigen besichtigt. Im Rahmen des Parteiengehörs zum neu erstatteten Gutachten von Dr. MF wies die Marktgemeinde Reutte auf die aus ihrer Sicht bestehende Befangenheit der Sachverständigen hin, weil diese bereits im Verfahren vor der Revisionswerberin am 28. März 2011 ein Amtssachverständigengutachten erstattet habe.

5 Das Bundesverwaltungsgericht führte am 21. Juni 2016 eine mündliche Verhandlung unter Beiziehung der Sachverständigen Dr. MF und eines Bausachverständigen der Marktgemeinde Reutte durch.

6 Mit dem angefochtenen Beschluss vom 1. August 2016 gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde statt und hob den Bescheid des Bundesdenkmalamtes vom 18. Juli 2011 auf. Die Angelegenheit wurde zur Erlassung eines neuen Bescheides gemäß § 28 Abs. 3 Satz 2 VwGVG an das Bundesdenkmalamt zurückverwiesen. Gegen diesen Beschluss wurde die ordentliche Revision für zulässig erklärt.

7 Das Bundesverwaltungsgericht begründete seine Entscheidung im Wesentlichen und zusammengefasst damit, dass schwerwiegende Gründe vorlägen, um den qualifizierten Anschein zu erwecken, die Amtssachverständige sei nicht unbefangen an ihre Aufgabe, ein Gutachten über die verfahrensgegenständliche Anlage zu erstatten, herangegangen. Das Bundesdenkmalamt sei gehalten, in den einzelnen Verfahren die Funktion eines Amtssachverständigen und eines Behördenvertreters strikt auseinanderzuhalten, um den Anschein der Befangenheit des Amtssachverständigen zu vermeiden. Wer für die Behörde, wenn auch nur nach innen, in einem Verfahren tätig werde oder an einer behördlichen Willensbildung mitgewirkt habe, erwecke

zumindest den Anschein, dass hinsichtlich des betroffenen Falls eine objektive, sachverständige Willensbildung stark behindert sei. Das Tätigwerden eines Amtssachverständigen bedürfe eines behördlichen Auftrags unter Darstellung des festzustellenden Sachverhalts, dieser könne auch mündlich erteilt werden. Die Funktion des Organwalters der Behörde und des Sachverständigen, der hinsichtlich des Inhalts und der Ergebnisse eines Gutachtens im Wesentlichen weisungsfrei zu agieren habe - auch unter Bedachtnahme auf die nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes grundsätzlich zulässiger Beiziehung von in die Behördenhierarchie eingebundenen Amtssachverständigen - sei in Verfahren nach Art. 6 EMRK nicht zulässig, wenn ein und derselbe Organwalter im selben Verfahren sowohl als Behördenorgan agiere und auch als Sachverständiger in Erscheinung trete. Dies deshalb, da in einer abstrakten Betrachtungsweise diesfalls zwangsläufig nachvollziehbare, objektive Zweifel entstünden, ob der oder die Sachverständige nur das objektive Ziel des Gutachtens vor Augen habe oder durch die zuvor erfolgte Einbindung in die Willensbildung der Behörde geneigter sei, ein Gutachten mit Augenmerk auf die bereits erfolgte Willensbildung zu erstatten. Diese Grenzziehung sei eine notwendige, um auch dem äußeren Anschein nach für ein objektives Gutachten zu sorgen, da die fallbezogene Einbindung in die Willensbildung der Behörde in der später als Sachverständiger zu beurteilenden Sache bereits zu mentalen Zwängen bei dem oder der Sachverständigen führen könne, die etwa vergleichbar mit einem "informellen" Gespräch durch einen Dienstvorgesetzten seien, der dem oder der Sachverständigen die Sicht der Behörde zum Gegenstand eines noch zu erstattenden Gutachtens nahelege.

Im vorliegenden Fall habe die Zentrale des Bundesdenkmalamtes im Jahr 2006 den Landeskonservatoren der Bundesländer den Auftrag gegeben, die bisher offenbar nicht oder nicht hinreichend bearbeiteten Bauten aus der Zeit des Nationalsozialismus auf ihre Denkmalbedeutung zu überprüfen. Im Rahmen der Erfüllung dieses Auftrages sei im Landeskonservatorat für Tirol festgestellt worden, dass 43 Siedlungen für Südtirol-Optanten in Tirol existieren und es seien unter wesentlicher Mitwirkung der Sachverständigen diese Siedlungen derart untersucht worden, dass jeweils eine oder einer von drei Bediensteten des Landeskonservatorat für Tirol eine Siedlung besucht und dann mithilfe einer Fotodokumentation über die Siedlung berichtet habe. Durch diese drei Bediensteten, unter anderem auch durch die Sachverständigen, sei dann beschlossen worden, dass zwei Siedlungen, unter anderem auch die verfahrensgegenständliche, unter Schutz zu stellen seien. Auch bei dieser Maßnahme handle es sich noch um eine behördliche Maßnahme, da die drei Bediensteten nicht den Auftrag gehabt hätten, ein konkretes Denkmal auf seine Denkmalwertigkeit zu überprüfen, sondern die Behörde in Erfüllung des Auftrags der Zentrale eine Vorauswahl getroffen habe, die erst dann zur Erteilung eines Auftrags zur Erstellung eines Gutachtens geführt habe. Dass diese Vorarbeiten im Gutachten der Sachverständigen keine Berücksichtigung bzw. Erwähnung gefunden haben, unterstreiche diesen Eindruck, dass die Vorauswahl eine behördliche Entscheidung gewesen sei.

Da die Sachverständige aber erst nach dem Beschluss, welche zwei Objekte näher untersucht werden sollten, mit der Erstellung des Gutachtens beauftragt worden sei und man bei objektiver Betrachtung unterstellen müsse, dass die Sachverständige bei der Erstellung des Gutachtens zur gegenständlichen Anlage gewusst habe, dass bereits 41 von 43 Anlagen ausgeschieden worden seien, dass die Sachverständige, die sich ja in der Auswahlentscheidung auch für die beiden Anlagen, die näher untersucht worden seien, ausgesprochen habe oder zumindest gewusst habe, dass diese Entscheidung im Landeskonservatorat gefallen sei, davon ausgehen habe können, dass in der Behörde ein "positives" Unterschutzstellungsgutachten erwartet würde, bestünden aus objektiver Sicht so starke Zweifel an der Unbefangenheit der Sachverständigen, dass diese aus objektiver Sicht das Niveau einer aufzugreifenden Befangenheit erreiche.

8 Da sohin kein verwertbares Gutachten (weder im Verfahren vor der Revisionswerberin noch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht) vorliege, habe sich in der mündlichen Verhandlung herausgestellt, dass die noch fehlenden Ermittlungen einen Umfang erreichte, der eine Behebung und Zurückverweisung erlaube.

9 Die ordentliche Revision wurde für zulässig erachtet und dies damit begründet, dass es im Hinblick auf die Behebung und Zurückverweisung des Bescheides an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes insbesondere zur Frage der Folgen der Befangenheit einer Amtssachverständigen und der damit zusammenhängenden Zulässigkeit der Zurückverweisung der Angelegenheit des Verfahrens an die Revisionswerberin fehle.

10 Dagegen richtet sich die vorliegende Amtsrevision. Die mitbeteiligte Marktgemeinde Reutte erstattete eine Revisionsbeantwortung.

11 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

12 Die hier anzuwendenden wesentlichen Bestimmungen lauten:

§ 28 Abs 1 bis 3 VwGVG lautet:

"(1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist."

13 §§ 1 ff DMSG, BGBl. Nr. 533/1923, idF BGBl. I Nr. 92/2013, lauten auszugsweise:

"Begriffsbestimmungen, Geltungsbereich

§ 1. (1) Die in diesem Bundesgesetz enthaltenen Bestimmungen finden auf von Menschen geschaffene unbewegliche und bewegliche Gegenstände (einschließlich Überresten und Spuren gestaltender menschlicher Bearbeitung sowie künstlich errichteter oder gestalteter Bodenformationen) von geschichtlicher, künstlerischer oder sonstiger kultureller Bedeutung („Denkmale“) Anwendung, wenn ihre Erhaltung dieser Bedeutung wegen im öffentlichen Interesse gelegen ist. Diese Bedeutung kann den Gegenständen für sich allein zukommen, aber auch aus der Beziehung oder Lage zu anderen Gegenständen entstehen. „Erhaltung“ bedeutet Bewahrung vor Zerstörung, Veränderung oder Verbringung ins Ausland.

(2) Die Erhaltung liegt dann im öffentlichen Interesse, wenn es sich bei dem Denkmal aus überregionaler oder vorerst auch nur regionaler (lokaler) Sicht um Kulturgut handelt, dessen Verlust eine Beeinträchtigung des österreichischen Kulturgutbestandes in seiner Gesamtsicht hinsichtlich Qualität sowie ausreichender Vielzahl, Vielfalt und Verteilung bedeuten würde. Wesentlich ist auch, ob und in welchem Umfang durch die Erhaltung des Denkmals eine geschichtliche Dokumentation erreicht werden kann.

...

(5) Ob ein öffentliches Interesse an der Erhaltung eines Einzeldenkmals, eines Ensembles oder einer Sammlung besteht sowie ob oder wie weit es sich (auch) um eine Einheit handelt, die als einheitliches Ganzes zu erhalten ist, ist vom Bundesdenkmalamt unter Bedachtnahme auf diesbezügliche wissenschaftliche Forschungsergebnisse zu entscheiden. Bei der Auswahl der Objekte, die unter Denkmalschutz gestellt werden, ist die Bewertung in den vom Bundesdenkmalamt geführten bzw. verfassten Denkmalverzeichnissen zu berücksichtigen. Allgemein anerkannte internationale Bewertungskriterien können in die Beurteilungen mit einbezogen werden. Wenn eine ausreichende Erforschung von Denkmalen - wie insbesondere bei nicht ausgegrabenen Bodendenkmalen - noch nicht abgeschlossen ist, ist die Feststellung des öffentlichen Interesses an der Erhaltung der Denkmale nur dann zulässig, wenn die für die Unterschutzstellung erforderlichen Fakten auf Grund des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes wenigstens wahrscheinlich sind und die unversehrte Erhaltung der Denkmale andernfalls gefährdet wäre; eine solche Unterschutzstellung kann auch zeitmäßig begrenzt erfolgen.

...

(8) Werden nur Teile eines Denkmals geschützt (Teilunterschutzstellung), so umfasst dieser Schutz auch die übrigen Teile in jenem Umfang, als dies für die denkmalgerechte Erhaltung der eigentlich geschützten Teile notwendig ist.

...

Vorläufige Unterschutzstellung kraft gesetzlicher Vermutung

§ 2. (1) 1. Bei Denkmalen gemäß § 1 Abs. 1 und 3, die sich im alleinigen oder überwiegenden Eigentum des Bundes, eines Landes oder von anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Anstalten, Fonds sowie von gesetzlich anerkannten Kirchen oder Religionsgesellschaften einschließlich ihrer Einrichtungen befinden (sowie bei Denkmalen, auf die die Bestimmungen des § 6 Abs. 1 zweiter und dritter Satz zur Anwendung kommen), gilt das öffentliche Interesse an ihrer Erhaltung so lange als gegeben (stehen solange unter Denkmalschutz), als das Bundesdenkmalamt nicht auf Antrag einer Partei (§ 26f) auf Feststellung, ob die Erhaltung tatsächlich im öffentlichen Interesse gelegen ist oder nicht, bzw. von Amts wegen (Abs. 2) eine bescheidmäßige Entscheidung über das tatsächliche Vorliegen des öffentlichen Interesses getroffen hat (Unterschutzstellung kraft gesetzlicher Vermutung). Diese gesetzliche Vermutung gilt auch dann, wenn das alleinige oder überwiegende Eigentum juristischer Personen gemäß dem ersten Satz lediglich durch eine Mehrheit der Miteigentumsanteile der genannten Personen zustande kommt.

...

(2) Das Bundesdenkmalamt kann auch von Amts wegen feststellen, ob ein öffentliches Interesse an der Erhaltung eines solchen Denkmals tatsächlich besteht.

(3) Bescheidmäßige Feststellungen des tatsächlichen Bestehens des öffentlichen Interesses an der Erhaltung eines Denkmals gemäß den obigen Absätzen 1 und 2, gemäß § 2a Abs. 5 und 6, § 4 Abs. 2 (in den Fassungen vor der Novelle BGBl. Nr. 167/1978), § 6 Abs. 2 und 5, § 9 Abs. 3 sowie § 25a bewirken (auch wenn es sich

zugleich um eine Feststellung des Vorliegens eines einheitlichen Ganzen handelt), ohne zeitliche Begrenzung sämtliche Rechtsfolgen von Bescheiden gemäß § 3 (Unterschutzstellung durch Bescheid) auch hinsichtlich jener Folgen, die sich daraus ergeben, dass Ensembles oder Sammlungen zu einer Einheit erklärt werden.

(4) Bei unbeweglichen Denkmälern (einschließlich der gemäß § 1 Abs. 9 mitumfassten Teile) endet die gesetzliche Vermutung gemäß Abs. 1 und damit die Unterschutzstellung bloß kraft gesetzlicher Vermutung mit 31. Dezember 2009. Dies gilt auch für Fälle von Unterschutzstellungen gemäß § 6 Abs. 1.

#### Vorläufige Unterschutzstellung durch Verordnung

§ 2a. (1) Das Bundesdenkmalamt wird ermächtigt, unbewegliche Denkmale, die gemäß § 2 oder § 6 Abs. 1 kraft gesetzlicher Vermutung unter Denkmalschutz stehen, durch Verordnung unter die Bestimmungen dieses Paragraphen zu stellen. Für die solcherart festgestellten Denkmale gilt weder die Beendigung der Unterschutzstellung gemäß § 2 Abs. 4 noch eine Beschränkung der Veräußerung gemäß § 6 Abs. 1. Die Verordnung hat in genauer und unverwechselbarer Weise die Denkmale zu bezeichnen und hat wenigstens die topografischen und grundbücherlichen Daten der Denkmale zu enthalten.

(2) Eine Unterschutzstellung auf Grund dieses Paragraphen hat zur Voraussetzung, dass es sich um ein Denkmal handelt, dem Bedeutung in einer Weise zugesprochen werden kann, dass für den Fall der verfahrensmäßigen Prüfung gemäß Abs. 5 oder 6 die Feststellung des tatsächlichen Bestehens des öffentlichen Interesses an der Erhaltung mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Die Bestimmungen des § 1 über die Bedeutung, Miteinbeziehung, Teilunterschutzstellung und dergleichen gelten in vollem Umfang.

(3) Das Bundesdenkmalamt hat vor Erlassung der Verordnung deren beabsichtigten Inhalt unter Anschluss kurzer gutachtlicher Angaben über die Bedeutung der einzelnen Denkmale im Äußeren wie im Inneren zumindest den jeweiligen Eigentümern, den Landeshauptmännern und den Bürgermeistern, in deren Gebiet die Denkmale gelegen sind, zur Kenntnis zu bringen und Gelegenheit zu geben, sich zu den beabsichtigten Feststellungen innerhalb einer Mindestzeit von sechs Monaten zu äußern (Begutachtungsverfahren).

(4) Verordnungen gemäß Abs. 1 sind zumindest im Verordnungsblatt für die Dienstbereiche der Bundesministerien für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten/Wissenschaft und Verkehr sowie im Amtsblatt zur Wiener Zeitung zu verlautbaren.

(5) Nach erfolgter Unterschutzstellung durch Verordnung ist sämtlichen Eigentümern nachweislich von der - anstelle der bisher bloß kraft gesetzlicher Vermutung (§ 2) bestehenden - nunmehr konkret erfolgten Feststellung des öffentlichen Interesses Kenntnis zu geben. Den Benachrichtigten ist gleichzeitig als Rechtsbelehrung mitzuteilen, dass sie, ebenso wie alle anderen Antragsberechtigten, im Sinne des § 2 Abs. 1 bzw. § 26 Z 2 und 3 nach wie vor befugt sind, einen Antrag dahingehend zu stellen, es möge bescheidmäßig festgestellt werden, ob ein öffentliches Interesse an der Erhaltung in der Verordnung zu Unrecht angenommen wurde oder nicht. Für die Einbringung dieses Antrages gibt es keine zeitliche Begrenzung. Über Anträge gemäß diesem Absatz ist binnen zwei Jahren zu entscheiden.

(6) Das Bundesdenkmalamt kann im Sinne des § 2 Abs. 2 jederzeit auch von Amts wegen feststellen, ob ein öffentliches Interesse an der Erhaltung eines solchen Denkmals tatsächlich gegeben ist. § 6. (1) Die freiwillige Veräußerung von Denkmälern, die lediglich kraft gesetzlicher Vermutung unter Denkmalschutz stehen (§ 2 Abs. 1), bedarf der Bewilligung des Bundesdenkmalamtes. Werden derartige Denkmale ohne Bewilligung des Bundesdenkmalamtes freiwillig veräußert, sodass daran zumindest zur Hälfte Eigentum von nicht in § 2 Abs. 1 erster Satz genannten Personen entsteht, so unterliegen sie dennoch nach wie vor den Bestimmungen des § 2 Abs. 1 samt den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen. Soweit die freiwillige Veräußerung durch Gesetz erfolgt, endet diese Fortdauer fünf Jahre nach erfolgtem Eigentumsübergang.

..."

14 Im vorliegenden Fall ließ das Bundesverwaltungsgericht die Revision zu und nannte als Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung den Umstand, dass es zur Frage der Folgen der Befangenheit einer Amtssachverständigen und der damit zusammenhängenden Zulässigkeit der Zurückverweisung der Angelegenheit an das Bundesdenkmalamt an einer expliziten Rechtsprechung fehle.

15 Diese Rechtsfrage wird von der Revisionswerberin zwar aufgegriffen, deren Ausführungen beziehen sich aber im Wesentlichen auf die Frage, ob die beigezogene Amtssachverständige tatsächlich befangen war, was in den dargelegten Revisionsausführungen verneint wird.

16 Die Revision ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig. Sie ist auch im Ergebnis berechtigt.

17 Gegenstand des angefochtenen Beschlusses war eine Aufhebung und Zurückweisung des Verwaltungsgerichts gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG als Folge einer vom Bundesverwaltungsgericht angenommenen Befangenheit der Amtssachverständigen.

18 Hat das Verwaltungsgericht den verwaltungsbehördlichen Bescheid gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverwiesen, so kann ein solcher Beschluss eine Rechtsverletzung dadurch bewirken, dass das Verwaltungsgericht entweder von der Regelung des § 28 Abs. 3 VwGVG zu Unrecht Gebrauch gemacht und keine Sachentscheidung getroffen hat

oder von einer für die betroffene Partei nachteiligen, jedoch für das weitere Verfahren bindenden unrichtigen Rechtsansicht ausgegangen ist (vgl. den hg. Beschluss vom 20. November 2014, Ro 2014/07/0097, mwN).

19 Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in zahlreichen Erkenntnissen, beginnend mit jenem vom 26. Juni 2014, Ro 2014/03/0063, zur Befugnis der Verwaltungsgerichte zur Behebung und Zurückverweisung gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG Stellung genommen.

20 Demnach stellt die Zurückverweisungsmöglichkeit eine Ausnahme von der grundsätzlichen meritorischen Entscheidungszuständigkeit der Verwaltungsgerichte dar. Das im § 28 VwGVG insgesamt normierte System, in dem insbesondere die normative Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung bzw. der Berücksichtigung einer angemessenen Verfahrensdauer ihren Ausdruck findet, verlangt, dass von der Möglichkeit der Zurückverweisung nur bei krassen bzw. besonders gravierenden Ermittlungslücken Gebrauch gemacht wird. Eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen wird daher insbesondere dann in Betracht kommen, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts (vgl. § 37 AVG) lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte annehmen lassen, dass die Verwaltungsbehörde (etwa schwierige) Ermittlungen unterließ, damit diese dann durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden.

21 Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seiner Entscheidung vom 22. Juni 2016, Ra 2016/03/0027, mit den Voraussetzungen einer Zurückverweisung der Angelegenheit nach § 28 Abs. 3 VwGVG befasst und unter anderem erkannt, dass auch die Notwendigkeit der Einholung eines (weiteren) Gutachtens im Allgemeinen nicht die Behebung und Zurückverweisung nach § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG rechtfertigt (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 17. Februar 2015, Ra 2014/09/0037, und vom 27. Jänner 2016, Ra 2015/08/0171). Im Übrigen hat der Verwaltungsgerichtshof schon festgehalten, dass für Verwaltungsgerichte auf dem Boden des § 28 VwGVG nicht bloß eine ergänzende Sachverhaltsermittlungskompetenz besteht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Juni 2014, Ro 2014/03/0063). Festzuhalten ist auch, dass die Beweiswürdigung in Bezug auf strittige Sachverhaltselemente zu den zentralen Aufgaben der Verwaltungsgerichte selbst zählt, die auf Grund ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in besonderer Weise zur Wahrheitsfindung beitragen können (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2016, Ra 2015/08/0178).

22 Wenn die Behörde den entscheidungswesentlichen Sachverhalt sehr unzureichend festgestellt hat, indem sie keine für die Entscheidung in der Sache brauchbaren Ermittlungsergebnisse geliefert hat (vgl. die hg. Beschlüsse vom 20. Oktober 2015, Ra 2015/09/0088, und vom 23. Februar 2017, Ra 2016/09/0103), ist eine Zurückverweisung nach § 28 Abs. 3 VwGVG zulässig.

23 Fallbezogen erweist sich die vom Bundesverwaltungsgericht ausgesprochene Zurückverweisung gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG aber schon deshalb als unzulässig, weil die vom Verwaltungsgericht angenommene Prämisse der Untauglichkeit des von der Verwaltungsbehörde eingeholten Amtssachverständigengutachtens verfehlt ist.

Die Revision zeigt - wie im Folgenden dargelegt - zutreffend auf, dass die vom Verwaltungsgericht festgestellte und näher begründete Befangenheit der Amtssachverständigen tatsächlich nicht vorliegt.

24 Das Verwaltungsgericht stellt im angefochtenen Erkenntnis fest, es "wurde durch die drei Bediensteten, unter anderem durch die Sachverständige Dr. MF, im Anschluss an die Ermittlungen beschlossen, dass und welche zwei Siedlungen, unter anderem auch die verfahrensgegenständliche Anlage, unter Schutz zu stellen sind". Das Bundesverwaltungsgericht stellt weiters fest, dass die Sachverständige erst nach dieser Willensbildung, an welcher sie selbst mitgewirkt habe, mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt worden sei und ihr Gutachten erstattet habe. In dieser Sachlage erblickt das Bundesverwaltungsgericht einen Grund zur Annahme, es sei der äußere Anschein einer Voreingenommenheit der Sachverständigen gegeben, der sie darin gehindert habe, als unbefangene Sachverständige schon im Verfahren vor dem Bundesdenkmalamt tätig zu werden. Zum Vorliegen eines Befangenheitsgrundes genügen schon Umstände, die eine Parteilichkeit wahrscheinlich machten bzw. einen Anschein einer Befangenheit begründeten. Die Sachverständige sei zunächst in die fallbezogene Willensbildung der Behörde eingebunden gewesen. Dies habe zu mentalen Zwängen bei der späteren Erstattung eines Gutachtens über denselben Gegenstand führen können.

25 Der Verwaltungsgerichtshof teilt diese Annahme der Befangenheit der Sachverständigen im Verfahren vor dem Bundesdenkmalamt nicht.

26 Sowohl das DMSG in seinem § 1 Abs. 5 als auch die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes weisen den Sachverständigen des Bundesdenkmalamtes eine wesentliche Rolle bei der Unterschützstellung im Verfahren vor dem Bundesdenkmalamt zu.

Der Verwaltungsgerichtshof führte wie folgt aus:

"Für die Lösung der Frage, ob einem Objekt eine geschichtliche, künstlerische oder sonstige kulturelle Bedeutung zukommt, ist die in der Fachwelt vorherrschende Meinung ausschlaggebend. Dabei ist insbesondere auf den Wissens- und Erkenntnisstand sachverständiger Kreise Bedacht zu nehmen. Grundlage der Feststellung kann nur ein Fachgutachten sein, aus dem sich jene geschichtliche, künstlerische oder sonstige kulturelle Bedeutung ableiten lässt, aus der der rechtliche Schluss gezogen werden kann, dass die Erhaltung des Denkmals

im öffentlichen Interesse gelegen ist." (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 6. Juli 1972, 370/72, VwSlg NF 8268 A; vom 20. November 2001, 2001/09/0072, oder vom 20. Februar 2014, 2013/09/0154).

Diese Aussage wurde durch die Novelle des DMSG 1978, BGBl. Nr. 167, im Gesetz selbst positiviert, wonach das Bundesdenkmalamt die Entscheidung über die Unterschutzstellung "unter Bedachtnahme auf die ... wissenschaftlichen Erkenntnisse" zu entscheiden hat, welche Regel nunmehr in § 1 Abs. 5 DMSG enthalten ist, der seit der Novelle 1999, BGBl. I Nr. 170 weiters vorsieht, dass "(b)ei der Auswahl der Objekte, die unter Denkmalschutz gestellt werden, ... die Bewertung in den vom Bundesdenkmalamt geführten bzw. verfassten Denkmalverzeichnissen zu berücksichtigen" ist.

27 In ständiger Rechtsprechung hat der Verwaltungsgerichtshof weiters ausgeführt, dass den Fachbeamten des Bundesdenkmalamtes bzw. den Landeskonservatoren die Stellung von Amtssachverständigen zukommt, die im Verfahren beizuziehen die Behörde nach § 52 Abs. 1 AVG nicht nur berechtigt, sondern in erster Linie verpflichtet ist (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 11. September 1963, 2001/62, vom 16. November 1966, 1553/65, vom 14. September 1981, 81/12/0052, VwSlg NF 10532 A, und vom 16. Dezember 2008, 2007/09/0065). Es ist nicht zu ersehen, weshalb sich die Rolle der Amtssachverständigen im Verfahren vor dem Bundesdenkmalamt nach Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 mit Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz geändert hätte.

28 Der Verwaltungsgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen, dass die Erstattung eines Gutachtens durch einen Sachverständigen keine Mitwirkung an der Entscheidung, sondern am Beweisverfahren (dh an der Erarbeitung der Entscheidungsgrundlagen) darstellt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 11. November 2015, 2013/11/0206 mwN). Damit ist klargelegt, dass unter "behördlicher Willensbildung" nur die (behördliche) Mitwirkung an der Entscheidung zu verstehen ist, nicht aber die Erstellung eines Gutachtens oder einer gutachtlichen Stellungnahme über Auftrag der Behörde als Erarbeitung der Entscheidungsgrundlage. Nichts anderes kann für eine gutachterliche Stellungnahme gemäß § 2a Abs. 3 DMSG ("... kurzer gutachterliche Angaben über die Bedeutung der einzelnen Denkmale ...") gelten.

29 Im vorliegenden Fall hatte die Sachverständige Dr. MF - wie das Bundesverwaltungsgericht feststellt - über behördlichen Auftrag die gemäß § 2 Abs. 1 DMSG durch Gesetz vorläufig unter Schutz stehenden unbeweglichen Objekte (hier: Bauten aus der nationalsozialistischen Zeit) "zu überprüfen". Woraus das Bundesverwaltungsgericht ableitet, dass der Sachverständigen für diese Überprüfung "strategische Vorgaben" (womit das Bundesverwaltungsgericht wohl Weisungen meint, welche inhaltlich konkreten Objekte als schützenswert einzustufen wären) erteilt worden wären, ist nicht nachvollziehbar, hat die Sachverständige doch in der mündlichen Verhandlung - worauf die Revisionswerberin zu Recht hinweist - ausdrücklich darauf hingewiesen, dass "ergebnisoffen" zu prüfen gewesen sei. Die Begründung des Bundesverwaltungsgerichtes, dass die Sachverständige dann im späteren Feststellungsverfahren "davon ausgehen konnte, dass in der Behörde ein 'positives Unterschutzstellungsgutachten' erwartet wurde", ist eine der Aussage der Sachverständigen entgegenstehende (wobei diese Aussage vom Bundesverwaltungsgericht nicht als unglaubwürdig gewertet wurde) unsachliche Spekulation. Das Bundesverwaltungsgericht nennt aber keine sachlichen Gründe dafür, warum eine Sachverständige, die sich mit einer bestimmten Sache schon früher wissenschaftlich auseinandergesetzt und darüber eine gutachterliche Stellungnahme erstattet hat, nicht auch mit der Erstattung eines Gutachtens befasst werden dürfte.

30 Dass Dr. MF unter Erfüllung des Erhebungsauftrages die "Südtiroler Optantensiedlungen" (gemeinsam mit zwei weiteren Bediensteten des Bundesdenkmalamtes) wissenschaftlich untersuchte und hinsichtlich zweier Siedlungen zum Ergebnis gelangte, dass diese aus sachverständiger Sicht die Kriterien des DMSG für eine Unterschutzstellung aufweisen, ist auch entgegen der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes nicht dahin zu werten, dass die Sachverständige die Unterschutzstellung der verfahrensgegenständlichen Anlage "beschlossen" hätte.

31 Auch dass ein Sachverständigengutachten für die Beurteilung von Rechtsfragen durch die Behörde nicht ausreicht und daher ergänzt werden muss, bedeutet nicht, dass der Sachverständige befangen oder mangelhaft qualifiziert wäre. Schließlich obliegt es allein der Behörde, Rechtsfragen zu beantworten und zu befinden, welche Grundlagen auf sachverständiger Ebene für ihre Entscheidung notwendig sind. Es ist nicht Aufgabe des Sachverständigen, dies von sich aus erkennen zu müssen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. November 2015, 2013/06/0129). Ergänzungs- und/oder Verbesserungsaufträge der Behörde an die Sachverständige sind deshalb kein Grund für einen Anschein der Befangenheit.

32 Anders stellt sich die Tätigkeit von Sachverständigen und die Frage einer allfälligen Befangenheit im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht dar. In diesem stehen sich nämlich (hier) das Bundesdenkmalamt einerseits und der Eigentümer des Denkmals andererseits regelmäßig als Parteien gegenüber. In diesem Verfahren kommt Art. 6 Abs. 1 EMRK zum Tragen, da es bei der Unterschutzstellung um ein ziviles Recht iS dieser Bestimmung geht. Zieht das Bundesverwaltungsgericht dabei - etwa zur Ergänzung des Gutachtens im behördlichen Verfahren - einen Sachverständigen heran, so stehen dafür zwar grundsätzlich auch die Amtssachverständigen des Bundesdenkmalamtes zur Verfügung (vgl. § 17 VwGVG und § 52 AVG, dazu das

hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2016, Ra 2016/03/0027). Angesichts ihrer organisatorischen Zugehörigkeit zu einer Partei des Verfahrens und der Möglichkeit, dass sie bereits im Verfahren vor dem Bundesdenkmalamt mitgewirkt haben, stellt sich allerdings schon im Hinblick auf die Waffengleichheit die Frage ihrer Befangenheit und damit der Zulässigkeit ihrer Mitwirkung als unabhängige Sachverständige des Gerichts.

33 Zu dieser Problematik hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 7. Oktober 2014, E 707/2014, VfSlg 19.902/2014, mit ausführlichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, des Verfassungsgerichtshofes und des EGMR, insb. EGMR 6. Mai 1985, Fall *Bönisch gegen Österreich*, Appl. 8658/79, ausgeführt, dass Amtssachverständige grundsätzlich gemäß Art. 20 Abs 1 B-VG in dienstlicher Hinsicht weisungsgebunden sind, allein darin aber kein Grund für eine Befangenheit oder den Anschein der Befangenheit gesehen werden könne. Sie seien bei der Erstattung ihrer Gutachten nämlich ausschließlich der Wahrheit verpflichtet und hinsichtlich des Inhaltes ihrer Gutachten an keine Weisungen gebunden, weil Gutachten den sie erstellenden (Amts-)Sachverständigen persönlich zurechenbar sind. Davon gingen auch die Straftatbestände der §§ 288 und 289 StGB aus. Aus der fachlichen Weisungsfreiheit des Amtssachverständigen bei Erstattung seines Gutachtens könne jedoch nicht gefolgert werden, dass das Verwaltungsgericht in jedem Fall Amtssachverständige heranziehen dürfe. Das Verwaltungsgericht müsse vielmehr 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 sei, habe das Verwaltungsgericht stets nach den Umständen des Einzelfalls mit der gebotenen Sorgfalt zu untersuchen und zu beurteilen. Dies setze auch voraus, dass das Verwaltungsgericht selbst die Auswahl des Amtssachverständigen vornehme (und nicht etwa einer anderen Stelle überlasse) und dabei dessen Qualifikation und das Vorliegen etwaiger Befangenheitsgründe bzw. Gründe für den Anschein der Befangenheit dieses Amtssachverständigen prüfe. Darüber hinaus komme dem Gutachten eines Amtssachverständigen im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 45 Abs. 2 AVG) kein erhöhter Beweiswert zu und es könne diesem unter anderem durch ein Gegengutachten auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten werden.

34 Dieser Beurteilung ist auch der Verwaltungsgerichtshof gefolgt (vgl. die hg. Beschlüsse vom 19. März 2015, Ra 2015/06/0024, und vom 20. Juni 2016, Ra 2016/09/0046, und das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2016, Ra 2016/03/0027). Die Teilnahme eines befangenen Amtssachverständigen könne einen wesentlichen Verfahrensmangel und die Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts bedeuten. Für die Beurteilung, ob solche Bedenken zu Recht bestehen, komme es vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 1 EMRK darauf an, ob diese objektiv gerechtfertigt sind, wobei dafür vom EGMR drei Faktoren für maßgeblich erachtet worden seien: 1. die Natur der dem Sachverständigen übertragenen Aufgabe, 2. die Stellung des Sachverständigen in der Hierarchie der Partei des Verfahrens, und 3. seine Rolle im Verfahren, insbesondere im Hinblick auf das seinem Gutachten beigemessene Gewicht (vgl. den hg. Beschluss vom 20. Juni 2016, Ra 2016/09/0046, mit Hinweisen auf die Entscheidungen des EGMR vom 5. Juli 2007, *Sara Lind Eggertsdottir v. Iceland*, Nr. 31930/04, Rand. Nr. 47 ff, und vom 8. Oktober 2015, *Korošek v. Slovenia*, Nr. 77212/12, Rand. Nr. 49 ff, zur Problematik vgl. auch *Merli*, Unabhängiges Gericht und abhängiger Sachverständiger, ZfV 2015, 4, 28).

35 In seiner Entscheidung vom 22. Juni 2016 führte der Verwaltungsgerichtshof aus, es reiche für eine Befangenheit aus, wenn der Anschein einer Voreingenommenheit entstehen könne. Das Wesen der Befangenheit bestehe in der Hemmung einer unparteiischen Entschließung durch unsachliche psychologische Motive, wobei das Element der Unsachlichkeit nicht schlechthin, wohl aber in Bezug auf die konkreten, vom Sachverständigen zu beurteilenden Fachfragen beurteilt werden müsse; von Befangenheit sei insbesondere dann zu sprechen, wenn die Möglichkeit bestehe, dass ein Organ durch seine persönliche Beziehung zu der den Gegenstand einer Beratung und Beschlussfassung bildenden Sache oder zu den an dieser Sache beteiligten Personen in der unparteiischen Amtsführung bzw. in einem unparteiischen Tätigwerden beeinflusst sein könnte (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2016, Ra 2016/03/0027). Im vorliegenden Fall hätte das Verwaltungsgericht diese Problematik dadurch vermeiden können, indem es insbesondere nicht dieselbe Amtssachverständige zur Erstattung eines Gutachtens im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bestellt, die bereits im Verfahren vor dem revisionswerbenden Bundesdenkmalamt tätig war. Zur Zurückverweisung der Angelegenheit an das Bundesdenkmalamt gemäß § 28 Abs. 3 VwGG war es jedoch im Hinblick auf das Gesagte nicht berechtigt.

36 Zusammengefasst erweist sich der angefochtene Beschluss daher mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.

Wien, am 28. März 2017