

Auch die Zuordnung der Ombudsmänner nach skandinavischem Muster und, wenn auch unter etwas anderen Vorzeichen, der Prokuratur in den sozialistisch-kommunistischen Staaten zum Parlament muß heute auch unter diesem Aspekt gesehen werden. Es scheint, daß hierin eine Entwicklung liegt, die den Erfordernissen des modernen demokratischen und sozialen Rechtsstaates in besonderer Weise Rechnung trägt, weil damit auch die Verantwortung des Parlaments für das Recht und das Gemeinwohl gemäß den Gesetzen zur Geltung kommt<sup>90</sup>.

## V. Schluß und Ausblick

Vergleicht man die Einrichtungen der Vertretung des Staates und des öffentlichen Interesses vor Gericht in der Bundesrepublik und in anderen Ländern, so drängt sich der Schluß auf, daß bei allen Unterschieden in den Organisationsformen und in der konkreten Ausgestaltung die weitgehende Gleichheit oder Parallelität der heute bestehenden Einrichtungen im Grundsätzlichen und in den Zielsetzungen in den fortschrittlicheren Systemen nicht allein mit zufälligen Ähnlichkeiten oder lediglich gemeinsamen Traditionen erklärt werden kann, sondern es sich dabei letztlich um Folgerungen handelt, die für den auf Effizienz und Rechtsstaatlichkeit bedachten modernen Staat schlechthin notwendig sind<sup>91</sup>. Gäbe es solche Einrichtungen nicht, so könnte man vielleicht zusammenfassend sagen, so müßte man sie im modernen Staat erfinden.

Dies gilt um so mehr, als der Umfang und die Komplexität der modernen Verwaltung heute sehr viel größer geworden sind als in der Zeit, in der die meisten der bestehenden

Einrichtungen geschaffen wurden, und als auch das Recht und die Erfordernisse seiner korrekten Anwendung auf komplizierte Sachverhalte heute an den Staat und die Rechtsschutzeinrichtungen sehr viel höhere Anforderungen stellen. Nur wenn auch geeignete Einrichtungen bestehen, die auch vor Gericht für Interessen eintreten, die zwar, wie die Interessen des Natur- und Umweltschutzes, u. U. viele Väter – und manchmal auch Stiefväter haben – aber keinen „Patron“, ist gewährleistet, daß solche Interessen von den Gerichten hinreichend, d. h. entsprechend dem Gewicht, das ihnen der Gesetzgeber zudedacht hat, berücksichtigt werden können und so die Effektivität des staatlichen Handelns gewahrt bleibt, ohne daß deshalb der Rechtsschutz der betroffenen Bürger Schaden leidet.

Was für die Vertretung vor Gericht gilt, gilt im Grundsatz auch für eine wirksame Vertretung der betroffenen besonderen öffentlichen Interessen in behördlichen Verfahren, die von Behörden durchgeführt werden, die für den Natur- u. Umweltschutz nicht primär zuständig sind, sondern die in Frage stehenden Interessen nur eben auch „mitzubehütenden“ haben, wie dies bei Querschnittmaterien wie dem Natur- und Umweltschutz häufig der Fall ist. Vieles spricht dafür, daß das heute insoweit bestehende Defizit auch hier nur durch die Mitwirkung besonderer sachkundiger und unparteilicher behördlicher Vertreter der betroffenen Interessen gewährleistet werden kann und nicht allein durch eine erweiterte Bürgerbeteiligung oder die Beteiligung von Interessenverbänden, so nützlich und wertvoll für das Verfahren diese auch sein mag<sup>92</sup>. Damit könnte zugleich auch sichergestellt werden, daß die für die Wahrung der Interessen vor den Gerichten zuständige Behörde ihre Aufgabe vor Gericht wirksam erfüllen kann, insbesondere auch z. B. ein ihr eingeräumtes Klagerecht rechtzeitig und sachkundig ausüben kann. Gleiches gilt auch für die besondere Funktion als Berater der Behörden.

90) In dieselbe Richtung weist auch die Zulässigkeit der staatsrechtlichen Anklage durch das Parlament gegen den Attorney General in den angelsächsischen Staaten.

91) Vgl. im selben Sinn auch *Di Ciommo*, Die rechtlichen Ordnungen (Fn. 5), S. 50f.

92) Vgl. auch *Kopp*, BayVBl. 1980, 271.

# „Antizipierte Sachverständigengutachten“ im Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren

Von Privatdozent Dr. Christoph Gusy, Hagen

## I. Grundfragen

Daß technische Regelwerke „antizipierte Sachverständigengutachten“ darstellen können, ist vom BVerwG zunächst für die Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG anerkannt worden<sup>1</sup>. Darüber hinaus wird diese Eigenschaft auch für andere technische Regeln oder Normen unter verschiedenen Voraussetzungen gefordert, bejaht oder doch diskutiert<sup>2</sup>. Dem steht umgekehrt eine Tendenz gegenüber, welche die Lehren vom „antizipierten Sachverständigengutachten“ generell oder für bestimmte Regelwerke ablehnt<sup>3</sup>. Gerade solche Kontroversen halten die Erinnerung wach, daß die Figur von Anfang an als

Notlösung verstanden wurde<sup>4</sup>; eine Notlösung, für die aber offenbar Bedarf bestand<sup>5</sup>.

Hier soll nicht erneut diskutiert werden, ob die Auffassung des BVerwG bezüglich der TA-Luft oder der TA-Lärm zutreffend ist oder nicht. Vielmehr soll hier der Frage nachgegangen werden, welches die Bedingungen dafür sind, daß ein Phänomen als „antizipiertes Sachverständigengutachten“ qualifiziert werden kann. Im Anschluß daran kann dann erörtert werden, ob einzelne technische Regelwerke diese Anforderungen erfüllen. Dabei soll vom Boden der Lehre vom antizipierten Sachverständigengutachten ausgegangen werden; sie wird also hier nicht in Frage gestellt, sondern zugrunde gelegt. Zunächst sollen die Gründe zusammengefaßt werden, welche dafür sprachen, eine Regel als antizipiertes Sachverständigengutachten und nicht auf andere Weise zu qualifizieren. Als solche Gründe lassen sich anführen:

### 1. Der Rechtssicherheitsaspekt<sup>6</sup>

Rechtsnormen, an welche technische Regelwerke anknüpfen, weisen oft ein besonders hohes Maß an unbestimmten Rechtsbegriffen

1) Zur TA-Luft BVerwGE 55, 250 (Ls. 2), 255 ff.; zur Entwicklung der Rechtsprechung Jarass, BImSchG, 1983, § 48 Rdnr. 12 ff.

2) Etwa: OVG Münster, DVBl. 1979, 316; VG Schleswig, ET 1980, 306 ff.; Überblick bei *Marburger*, Atomrechtliche Schadensvorsorge, 1983, S. 157 ff.; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 202 ff.; *Nicklich* NJW 1983, 841 ff.; zur Rezeption technischer Regeln allgemein schon *Breuer* AöR 1976, 46 ff.

3) Sehr grundsätzlich *Vieweg* NJW 1982, 2473 ff.; *ders.*, Atomrecht und technische Normung, 1982, S. 186 ff.; *Rittstieg* NJW 1983, 1098 ff.; *Ronellenfitsch*, Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren, 1983, S. 207 ff.; *Badura*, FS Bachof, 1984, S. 168, 172 ff.; *Erichsen*, DVBl. 1985, 28; nach *Rengeling*, Der Stand der Technik bei der Genehmigung umweltgefährdender Anlagen, 1985, S. 44, wird die Lehre vom antizipierten Sachverständigengutachten „heute mehr und mehr in Frage gestellt oder gar als unzutreffend abgelehnt“.

4) *Breuer* DVBl. 1978, 28, 37; *ders.*, DVBl. 1978, 601, hielt schon immer die Rechtsverordnung für die vorzugswürdige Lösung; nach *Sendler* UPR 1981, 1, 13 f., nimmt sie mehr den Charakter einer Übergangslösung ein; *Ossenbühl* NVwZ 1986, 161, 170, sieht die technischen Regelwerke in einer „Grauzone von (rechtlichen) Regelungen“.

5) S. nur den Überblick über mögliche Alternativen bei *Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 301 ff.

6) Auf diesen stellt maßgeblich das BVerwG a.a.O. (Fn. 1) ab.

auf. Das gilt etwa für den „Stand der Technik“, die „Vorsorge gegen schädliche Einwirkungen“ oder die Vermeidung von „erheblichen Nachteilen und erheblichen Belästigungen“. Wenn hier jede Genehmigungs- oder Aufsichtsbehörde eine eigenständige Kriterienbildung vornimmt, so ist gerade wegen dieser Vagheit der rechtlichen Handlungsmaßstäbe mit einer Vielzahl unterschiedlicher Auslegungen zu rechnen. Zugleich wird das Risiko für Antragsteller oder Betreiber unkalkulierbar: Sie können nicht vorhersehen, welche Anforderungen gestellt werden; bisweilen wird nicht einmal erkennbar sein, ob ein Vorhaben angesichts der möglichen Entscheidungen gerade der zuständigen Behörde grundsätzlich zulässig ist. In diesen Fällen ist ein Mittel erforderlich, um das mögliche Entscheidungsspektrum zu verengen. Gerade hierzu sollen die technischen Anleitungen oder sonstige Regelwerke dienen. Sie stellen somit das Maß an Bestimmtheit, welches das Gesetz vermissen läßt, auf „technischer“ Ebene erst her. Dies geschieht auf zweifache Weise. Einerseits stellen sie oft erst einen Maßstab auf, der für die Technik aussagekräftig ist: Was gefährlich ist, ist keine technische Fragestellung; was aber der TA-Luft entspricht oder widerspricht, ist der Technik unmittelbar zugänglich. Andererseits führen sie zu einer Vereinheitlichung der Entscheidungspraxis. Prognostizierbarkeit und Einheitlichkeit des Entscheidungsprogramms werden so erst hergestellt. Dieser Sinn des „antizipierten Sachverständigengutachtens“ läßt sich demnach so beschreiben: Administrative Entscheidung nach festgelegten technischen Regelwerken ist vorteilhaft gegenüber der Einzelfallentscheidung nach dem Gesetz.

## 2. Die Bindung der Gerichte<sup>7</sup>

Rechtssicherheit kann lediglich erreicht werden, wenn sowohl bei der Findung wie auch bei der Kontrolle der gefundenen Entscheidung die bekannten Entscheidungsmaßstäbe angewandt werden. Es nützt dem einzelnen Antragsteller nichts, wenn zwar die zuständige Behörde nach konkreten, vorhersehbaren Kriterien entscheidet; auf die erstbeste Klage hin allerdings das Gericht den bekannten Entscheidungsmaßstab beiseite schiebt und nun seinerseits Einzelfallentscheidungen aus dem Gesetz trifft. Jede Einordnung der technischen Regelwerke, welche sie als für die Gerichte unverbindlich erscheinen läßt, verfehlt so ihren Zweck. Insofern allerdings liegen technische Regeln zur herrschenden Rechtsquellenlehre völlig quer. Soweit sie – wie etwa die technischen Anleitungen nach § 48 BImSchG – als Verwaltungsvorschriften ergehen, binden sie nach ständiger Rechtsprechung die Gerichte nicht, weil sie eben keine Rechtsnormen sind oder aber keine „Außenwirkung“ entfalten. Soweit sie – wie etwa DIN-Normen oder sonstige Regelwerke – nur private Vereinbarungen sind, kommt ihnen überhaupt keine rechtliche Geltung zu, und damit auch keine Geltung für die Gerichte<sup>8</sup>. Unter dem isolierten Aspekt der technischen Regeln und ihrer Rechtsformen kann also keine Bindung der Gerichte begründet werden. Da solche Regeln aber eben aus Rechtssicherheitsgründen nicht völlig unverbindlich sein sollen, kann ihre Verbindlichkeit keine „normative“ im rechtlichen Sinne sein. Gerade aus dieser Kalamität führt die Figur des „antizipierten Sachverständigengutachtens“ heraus: Sie vermeidet die Einordnung in das Rechtsquellenschema, gibt aber die Bindungswirkung nicht auf. Gutachten von Sachverständigen führen zwar *keine rechtliche, wohl aber eine tatsächliche Bindung* herbei. Dies macht aber für das angestrebte Ziel keinen Unterschied: Rechtssicherheit wird hergestellt unabhängig davon, wie die Bindung der Gerichte begründet wird; vorausgesetzt nur, eine solche Bindung ist überhaupt vorhanden. Dieser Aspekt läßt sich demnach so beschreiben: Sind technische Regelwerke schon keine Gesetze oder Rechtsverordnungen, so ist ihre Einordnung als antizipiertes Sachverständigengutachten jedenfalls derjenigen als Verwaltungsvorschrift oder außerrechtliches Phänomen überlegen.

## 3. Die Dynamik der Technik<sup>9</sup>

Technische Regelwerke werden von Verwaltung und Gerichten nicht isoliert angewandt, sondern in konkreten Verfahren, die ihrerseits rechtlich determiniert sind. Dabei erlangen die Regelwerke lediglich Relevanz, wenn und soweit das Gesetz auf sie explizit oder implizit verweist. Derartige Gesetze verfolgen regelmäßig konkrete Zwecke, und zwar zumeist den Rechtsgüterschutz. Diesem Schutzzweck soll der Stand der Technik gerecht werden. Ist die Technik aber dynamisch, so wandelt sich mit den Änderungen der technischen Gefährdungen für die Rechtsgüter auch der notwendige und zu gebietende Schutz: Wo die Gefährdungen sich ändern, ändern sich auch die vom Rechtsgüterschutz indizierten Sicherheitstechniken. Ein dem „Stand der Technik“ angepaßter Rechtsgüterschutz wandelt sich so ständig. Dabei ist es aber schon aus Kapazitätsgründen nicht möglich, stets die einschlägigen Gesetze oder sonstigen

Rechtsnormen zu ändern. Daher trägt es zumindest erheblich zur Entlastung der rechtssetzenden Instanzen bei, wenn allein die Änderung der technischen Regelwerke genügt, um die sich wandelnden Anforderungen an den Rechtsgüterschutz zu befriedigen. Dies kann allerdings lediglich geschehen, wenn derartige „dynamische Verweisungen“ überhaupt zulässig sind. Ist dies aber nur höchst eingeschränkt der Fall, wenn eine Rechtsnorm auf eine andere verweist<sup>9</sup>, so ist die Einordnung der Regelwerke als Rechtsnorm wenig vorteilhaft, weil dadurch regelmäßig der Dynamisierungseffekt entfällt; wenn also die Verweisung lediglich als statische begriffen werden könnte. Hier führt die Qualifizierung der Regelwerke als antizipierte Sachverständigengutachten insofern weiter, als dadurch der Effekt der Verweisung einer Norm auf eine andere entfällt, sondern vielmehr sozusagen tatbestandsimmanent gleich die verweisende Norm – und nicht diejenige, auf die verwiesen wird – als dynamisch erscheint. Dynamik, die nicht als dynamische Verweisung ausgelegt ist, ist aber zulässig. Dem Wandel der Technik trägt so das antizipierte Sachverständigengutachten wesentlich besser Rechnung als die – weitgehend unzulässige – dynamische Verweisung. Demnach läßt sich dieser Aspekt so zusammenfassen: Die Verweisung auf antizipierte Sachverständigengutachten ist derjenigen auf Rechtsnormen überlegen.

Diese drei Gründe, welche die Einordnung als antizipiertes Sachverständigengutachten tragen, sind zumindest von erheblichem praktischen Wert. Soweit gegen sie Einwände erhoben werden, sollen sie – ebenso wie auch Einwände gegen die Lehre vom antizipierten Sachverständigengutachten – hier nur insoweit aufgenommen werden, als dies dem Anliegen der Untersuchung entspricht: *Ist die Lehre vom antizipierten Sachverständigengutachten in sich schlüssig?*

## II. Sachverständigengutachten in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren

### 1. Das Problem

Daß im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren *Sachverständige* auftreten können, ist gesetzlich ausdrücklich vorgesehen. §§ 26, 65 VwVfG gehen hiervon für die Verwaltung, §§ 96 f. VwGO für die Verwaltungsgerichte ausdrücklich aus. Während § 96 VwGO nur von der „Vernehmung“ von Sachverständigen spricht, können nach § 25 VwVfG ausdrücklich auch schriftliche Äußerungen solcher Personen eingeholt werden. Solche Änderungen bezeichnen §§ 26 III, 65 I VwVfG, 98 VwGO i. V. m. §§ 407, 408, 411, 412 ZPO als „Gutachten“. Demnach sind Verwaltung und Gerichte jedenfalls berechtigt, Sachverständige heranzuziehen; und diese können sich auch in der Form des Gutachtens äußern. Die Zuziehung von Gutachten ist demnach jedenfalls eine zulässige Form der Tatsachenfeststellung in den genannten Verfahren.

Damit ist aber noch keineswegs ausgesagt, unter welchen normativen Voraussetzungen ein bestimmter Sachverständiger oder ein bestimmtes Gutachten herangezogen werden darf. Dies ist keine Frage der Bezeichnung einer Stellungnahme als „Gutachten“ – es kann auch „Gutachten“ geben, die aber nicht in ein bestimmtes Verfahren einbezogen werden dürfen –; dies ist vielmehr eine Frage des anwendbaren Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrechts. Wann eine Äußerung ein Gutachten ist, ist im geltenden Recht nicht allgemein geregelt; wann es aber in ein Verfahren einbezogen werden kann und welche Voraussetzungen dafür Sachverständige und Gutachten erfüllen müssen, ist eine Rechtsfrage; und zwar eine Frage des einschlägigen Verfahrensrechts. Soll also geklärt werden, ob und wann in ein Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren antizipierte Sachverständigengutachten eingeführt werden dürfen, so sind dabei die maßgeblichen Bestimmungen des Verfahrensrechts anzuwenden<sup>10</sup>.

9) Dieser Aspekt ist für technische Regelwerke wohl erstmals von *Marburger* ebenda, S. 390 ff., umfassend untersucht worden; s. in jüngerer Zeit *Murswiek* a.a.O. (Fn. 2), S. 181 ff.

10) Zum folgenden jüngst *Sendler* NJW 1986, 2907; schon früher eingehend *Bremer*, Der Sachverständige, 2. Aufl., 1973, S. 26 ff.; *Jessnitzer*, Der gerichtliche Sachverständige, 8. Aufl., 1980, S. 78 ff.; *Nicklisch* in: *Habscheid*, Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung, 1983, S. 295, insbesondere S. 312 ff.; *Vieweg* a.a.O. (Fn. 3); *Rittstieg* a.a.O. (Fn. 3).

7) Diesen Aspekt betont maßgeblich *Breuer* DVBl. 1978, 28 ff.

8) Überblick bei *Marburger* a.a.O. (Fn. 5), S. 327 ff.

Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren enthalten hierzu §§ 96 ff. VwGO i. V. m. §§ 402 ff. ZPO besondere Regelungen. Dagegen sind im Verwaltungsverfahren nur in §§ 26, 65 VwVfG der Sachverständige und sein Gutachten erwähnt, aber nicht näher geregelt. Weder ist geklärt, welche Anforderungen an die Sachverständigen zu stellen sind, noch ist festgelegt, welche normativen Bedingungen von Gutachten zu erfüllen sind, die im Verfahren herangezogen werden sollen. Allerdings spricht einiges dafür, in diesen Fällen die §§ 402 ff. ZPO analog anzuwenden, soweit diese Bestimmungen inhaltlich auf die Verwaltung übertragbar sind. Dies ist indiziert zunächst durch § 65 Abs. 2 S. 1 VwVfG, der auf einzelne zivilprozessuale Vorschriften verweist; ferner den Umstand, daß es wenig sinnvoll wäre, im Verwaltungsverfahren Sachverständige heranzuziehen, deren Ergebnisse in einem möglicherweise nachfolgenden Gerichtsverfahren nicht verwertet werden können. Hier spricht schon die Verfahrensökonomie dafür, daß die Verwaltung bei der Einholung von Gutachten die Bestimmungen dieser §§ 402 ff. ZPO in gleichem Umfang beachtet<sup>11</sup>. Anhand dieser Bestimmungen soll die Zulässigkeit der Heranziehung technischer Regelwerke als antizipierte Sachverständigengutachten und ihre Grenzen im folgenden untersucht werden.

## 2. Sachverständige

a) Der Sachverständigenbeweis im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erfolgt nach §§ 96 ff. VwGO i. V. m. §§ 402 ff. ZPO. Seine Aufgabe besteht darin, daß der Sachverständige dem Gericht Sätze liefert, mittels derer die Richter aus den Tatsachen die richtigen Schlüsse ziehen können<sup>12</sup>. Seine dabei anstehenden Aufgaben lassen sich so typisieren:

- (1) *Der Sachverständige ergänzt fehlendes Wissen der Richter;*
- (2) *Der Sachverständige transportiert außerhalb der Hauptverhandlung Bewiesenes in diese hinein.*

Ein Sachverständigenbeweis kommt demnach nur in Betracht, wenn der Richter selbst nicht über die erforderlichen Kenntnisse verfügt, um den strittigen Sachverhalt nach dem geltenden Recht selbst beurteilen zu können. Daraus resultiert zwischen beiden eine Art Arbeitsteilung: Ist der Richter im Verfahren der Sachverständige in – deutschen – Rechtssachen, so ist der Sachverständige kundig in sonstigen Materien, in welchen dem Gericht die Sachkunde gerade fehlt. Schon daraus folgen weitere Anforderungen an den Sachverständigen: *In – deutschen – Rechtssachen kann es im Verfahren keinen Sachverständigen geben;* hier ist bereits der Richter sachkundig. Rechtsfragen entziehen sich dem Sachverständigenbeweis.

Darüber hinaus entstehen aber auch Anforderungen an den Sachverständigen: Soll der Sachverständige Bewiesenes in die Hauptverhandlung transportieren, so muß er von dem Bewiesenen – und gegebenenfalls den Beweismethoden – Kenntnis haben. Er muß also über Zugang zu den Kriterien „wahr“ oder „unwahr“ hinsichtlich der Beurteilung maßgeblicher Fragestellungen verfügen. Wo und soweit es solche Kriterien nicht gibt, kann der Sachverständige keine prozeßdienlichen Angaben machen. Er ist dann ein untaugliches Beweismittel. Ist der Sachverständige gerade durch seinen Zugang zu den genannten Kenntnissen als Beweismittel qualifiziert, so ist er konsequent insoweit austauschbar: Jeder, der über den gleichen Zugang verfügt, könnte an seiner Stelle Sachverständiger sein. Eben deshalb hat auch niemand einen Anspruch auf die Auswahl gerade eines bestimmten Sachverständigen durch das Gericht (§ 404 ZPO). Gleichfalls aus diesem Grunde unterliegt der Sachverständige nur eingeschränkt der Ablehnung (§ 406 ZPO). Insoweit ist er durchaus dem

Richter vergleichbar<sup>13</sup>. Aus dem gleichen Grunde kann aber auch der Sachverständigenbeweis nur zulässig sein, sofern die jeweilige Fragestellung Gegenstand einer Beurteilung nach den Kriterien „wahr“ oder „unwahr“ sein kann. Dazu zählen nur Aussagen über Tatsachen; Tatsachen selbst sind weder „wahr“ noch „unwahr“<sup>14</sup>.

Die Auswahl des Sachverständigen hat davon auszugehen, daß dieser Sachkunde genau für die Fragen besitzt, über welche er ein Gutachten abgeben soll<sup>15</sup>. Folgt der Zweck des Sachverständigenbeweises gerade aus der Notwendigkeit der Sachkunde im Verfahren, so folgt aus der Sachkunde des Sachverständigen erst die Dignität des Sachverständigenbeweises. Grenzen der Heranziehung von Sachverständigen können demnach nur der fehlende Sachverstand für die zu begutachtende Materie (s. dazu § 404 Abs. 2 ZPO)<sup>16</sup> oder erkennbare Mängel des Gutachtens (§ 412 Abs. 1 ZPO) sein; da sich diese erst nachträglich herausstellen können, kann dieser Umstand nicht das Bestimmungsrecht des Richters begrenzen, sondern lediglich die Pflicht zur Bestellung eines neuen Sachverständigen begründen. Wer diese Mindestanforderungen nicht erfüllt, unterliegt der Ablehnung als Sachverständiger. Und wer der Ablehnung unterliegt, darf aus Gründen der Prozeßökonomie schon gar nicht herangezogen werden<sup>17</sup>.

b) Sachkunde allein genügt aber für den Sachverständigen nicht. Vielmehr muß auch sichergestellt sein, daß der Sachverständige im Einzelfall den Ergebnissen seiner sachkundigen Untersuchung folgt. Er darf also nicht aus außerhalb seines Auftrags liegenden Gründen von den Ergebnissen seiner Erkenntnisse abweichen. Eben zur Sicherung dieser Anforderungen unterliegt der Sachverständige der Ablehnung nach § 406 ZPO, die gegen solche Gefahren Abhilfe schaffen soll. Dieses Ablehnungsrecht bindet in gleicher Weise wie dasjenige wegen fehlender Sachkunde das Auswahlermessen bei der Bestellung von Sachverständigen<sup>18</sup>. Hier erlangen als Maßstäbe der Ermessensbindung die Ablehnungsgründe der §§ 41 f. ZPO, 54 VwGO Bedeutung. Diese sollen insbesondere die unmittelbare oder mittelbare persönliche Betroffenheit des Sachverständigen vom Verfahrensausgang vermeiden; ferner seine „Vorbereitung“ durch frühere Mitwirkung am Verfahren sowie die „Besorgnis der Befangenheit“. Damit sind alle genannten Ablehnungsgründe darauf angelegt, die *Objektivität und Neutralität des Sachverständigen* zu sichern: Es soll sich von seinem Sachverstand und von nichts anderem leiten lassen. Sachverständige, die von vornherein nicht als objektiv erscheinen, sind demnach nicht zu berufen. Das gilt etwa für die Besorgnis der Befangenheit bei wirtschaftlichen Bindungen, früherer Beratung oder Mitgliedschaft in einem beteiligten Verein oder Verband<sup>19</sup>. Sicherlich liegt demnach ein Ablehnungsgrund vor, wenn ein Sachverständiger am Prozeßausgang ein eigenes, wirtschaftliches Interesse hat; wenn er bei einem Dritten, der ein solches Interesse hat, angestellt ist, mit diesem in ständiger Geschäftsbeziehung steht oder sonst wirtschaftlich verflochten ist. Hier kommt der „Befangenheit“ des Sachverständigen erhebliche Bedeutung zu, weil die Tatbestände für die Richterablehnung auf die spezifischen Gegebenheiten

11) In diese Richtung auch Obermayer, VwVfG, 1983, § 26 Rdnr. 72.  
12) Eyer mann/Fröhler, VwGO, 8. Aufl., 1980, § 96 Rdnr. 7 m. w. N.; ausführlich K. Müller, Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren, 2. Aufl., 1978, S. 31 ff.; zum Verwaltungsverfahren Martens, Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, 1985, Rdnr. 147; Obermayer ebd., § 26 Rdnr. 68.

13) Daraus resultiert auch die Redeweise vom Sachverständigen als Gehilfen des Richters, s. dazu etwa Kopp, VwGO, 7. Aufl., 1986, § 98 Rdnr. 17.

14) Wenn der Sachverständige solche Kriterien im Einzelfall nicht benennen kann, so ist auch dies ein Ergebnis. Die Berufung auf andere Kriterien als die Wahrheit oder Unwahrheit ist unzulässig.

15) BVerwGE 17, 342.

16) Müller a.a.O. (Fn. 12), S. 94 f., bezeichnet diesen Fall als „revisiblen Ermessensmißbrauch“; anders formuliert sind die Ablehnungsgründe bei Obermayer a.a.O. (Fn. 11), § 26 Rdnr. 77.

17) S. dazu auch Vieweg a.a.O. (Fn. 3), S. 195 ff.

18) Redeker/von Oertzen, VwGO, 8. Aufl., 1985, § 98 Rdnr. 10; ausführlich – im Kontext der Beweiswürdigung – Vieweg a.a.O. (Fn. 3), S. 197 ff.; ders. a.a.O. (Fn. 3), S. 2475; Rittstieg a.a.O. (Fn. 3), S. 1098 f.; s. schon OVG Berlin, NJW 1970, 1390; Obermayer a.a.O. (Fn. 11), § 26 Rdnr. 70, erzielt das gleiche Ergebnis über §§ 20 f. VwVfG.

19) Ausführlich OVG Saarlouis, E 7, 405.

ten gerade des Sachverständigen nicht vollständig übertragen werden können.

c) Diese Grundsätze lassen sich auf die Heranziehung „antizipierter Sachverständigengutachten“ im Verfahren nicht vollständig buchstabengetreu übertragen.

Zunächst wird kein Gutachter beauftragt, sondern er ist bereits vor Prozeßbeginn tätig geworden und hat ein Gutachten erstellt. Dieser Umstand dispensiert allerdings nicht von den genannten Kriterien: Das Gutachten muß von „Sachverständigen“ erstellt sein. Erfüllt ein „antizipiertes Sachverständigengutachten“ diese Anforderung nicht, so darf es auch nicht als Sachverständigenbeweis herangezogen werden. Dies ist bereits von Amts wegen zu prüfen, wenn das Gutachten einbezogen werden soll; im übrigen unterliegt die Einbeziehung der Ablehnung gemäß § 406 Abs. 2 S. 2 ZPO.

Ferner werden „antizipierte Sachverständigengutachten“ nicht von einzelnen Gutachtern, sondern von organisierten Gremien der technischen Normung erstellt<sup>20</sup>. Dieser Umstand ändert aber nichts daran, daß auch an die erstellenden Gremien die gleichen Anforderungen bezüglich Sachkunde und Objektivität zu stellen sind wie an die bestellten Sachverständigen. Die Durchsetzung dieser Anforderungen wirft allerdings Sonderprobleme auf, da einerseits die Gremien gerade nicht nach dem Kriterium der Objektivität, sondern aus dem interessierten Sachverstand zusammengesetzt sind; verschärft wird diese Besonderheit andererseits dadurch, daß bei Erstellung der technischen Regel ex ante noch gar nicht feststellbar ist, in welcher Art von Verfahren das Regelwerk später herangezogen wird. Daher kann auch im Zeitpunkt der Regelerstellung noch gar nicht geklärt werden, welches Gremienmitglied sich im späteren Rechtsstreit als objektiv und welches sich als möglicherweise befangen herausstellen würde. Um aus diesem Grunde die Regelwerke nicht vollständig aus der behördlichen und gerichtlichen Anwendung herauszunehmen, wird Objektivität und Neutralität nicht bei den einzelnen Gremienmitgliedern, sondern im Gremium insgesamt verlangt. Diese soll sichergestellt sein durch eine *interessenpluralistische Zusammensetzung, welche durch eine verfahrensmäßig abgesicherte Repräsentation aller Beteiligten, maßgeblichen Fachkreise und Interessen eine umfassende Neutralisierung der Arbeitsergebnisse herbeiführt*<sup>21</sup>. Dadurch können Weisungs- und sonstige Abhängigkeiten oder Interessenverflechtungen der einzelnen Mitglieder in hohem Maße neutralisiert werden. Ob hierzu allerdings Weisungsfreiheit des Sachverständigengremiums allein bereits ausreicht<sup>22</sup>, ist zumindest zweifelhaft. Darüber hinaus wird ein relativ hoher Grad an Konsens innerhalb des Gremiums bei der Erstellung eines Regelwerks gefordert werden müssen, damit nicht ein Interesse das andere majorisieren kann<sup>23</sup>.

Auf Gremien, welche technische Regelwerke erstellen, lassen sich demnach die Anforderungen an Sachverständige in einzelnen Verfahren nur partiell anwenden. Die Sachkunde ist von den Gremien in gleicher Weise wie von einzelnen Sachverständigen zu erfüllen; Objektivität und Neutralität müssen durch interessenpluralistische Zusammensetzung des Gremiums institutionell gewährleistet werden. Ob und inwieweit diese Forderungen durch technische Regelwerke erfüllt werden, soll im folgenden untersucht werden.

### III. Technische Regelwerke als „Gutachten“ von „Sachverständigen“?

a) Eine Betrachtung der Ersteller technischer Regelwerke<sup>20</sup> läßt regelmäßig allein den Schluß zu, daß bezüglich der Sachkunde der Mitglieder solcher Gremien kein Zweifel

besteht. Kein Gegenargument ist dabei, daß die Regelwerke nicht nur von einer Person, sondern von einer Vielzahl erstellt werden; denn diese Gremien sind ihrerseits mit Sachverständigen besetzt. Zudem wäre auch im Verwaltungs- bzw. Gerichtsverfahren die Heranziehung eines Sachverständigengremiums nicht von vornherein unzulässig. Dementsprechend wird die Sachkunde der Regelersteller auch regelmäßig bejaht<sup>24</sup>. Aus diesem Grunde kann eine Mangelhaftigkeit der Gutachten unter dem Aspekt fehlender Sachkunde nicht generell, sondern nur im Einzelfall festgestellt werden. Das gilt um so mehr, als antizipierte Sachverständigengutachten eben nicht für Einzelfälle erstellt werden, sondern als allgemeine, sachverständige Aussagen formuliert sind, die als solche nicht mit erkennbaren Mängeln wegen fehlender Sachkunde behaftet sind. Daß die Aussagen im Zeitpunkt der Regelerstellung sachkundig sind, ist so unzweifelhaft; daß sie aber im Zeitpunkt der Regelanwendung zum Einzelfall tatsächlich eine sachkundige Aussage enthalten, muß auch im Einzelfall beurteilt werden. Hier können insbesondere zwei Probleme auftreten:

– Die im Einzelfall zu beurteilende Gefahr ist vom Regelwerk nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt worden.

– Untypische Einzelfälle lassen sich nicht unter die allgemeinen Aussagen fassen<sup>25</sup>.

b) *Sonderprobleme* begründen allerdings die *technischen Anleitungen nach § 48 BImSchG* bezüglich der Sachkunde ihrer Ersteller. Sie werden von der Bundesregierung und dem Bundesrat im Verfahren des § 51 BImSchG erlassen. „Die Bundesregierung“ ist als solche ebensowenig sachkundig wie der Bundesrat. Auch gibt es keinerlei gesetzliche Sicherungen dafür, daß sich beide Institutionen bei Erlaß der Verwaltungsvorschriften gerade am Sachverstand orientieren. Bereits dadurch kommt der wertendgestaltende Charakter der Anleitungen zum Ausdruck, die eben nicht bloß Konsequenz eines Sachverständigenurteils über die jeweilige Materie sein müssen, sondern durchaus auch politisch-gestaltende Indikatoren setzen dürfen. Aus dem erlassenden Gremium der Ersteller solcher Anleitungen läßt sich demnach die Sachkunde der Gutachter ebensowenig herleiten wie aus dem Erstellungsverfahren. Konkret ist daher die *Orientierung am Sachverstand selbst beweisbedürftig*<sup>26</sup>. Erst wenn dieser Beweis erbracht ist, kommt eine Einbeziehung der Anleitungen als antizipiertes Sachverständigengutachten überhaupt in Betracht<sup>27</sup>.

c) Ein weiteres Problem tritt bei Regelwerken auf, welche durch Normungsgremien konsensual oder doch mit erheblichen Mehrheitsquorum verabschiedet werden. Das gilt jedenfalls, wenn die Regelwerke über den „Stand der Technik“ oder gar den „Stand von Wissenschaft und Technik“ Auskunft geben sollen. Nahezu oder vollständig konsensorientierte Gremien haben einen Hang zur Beharrung: Was verabschiedet ist, wird erst geändert, wenn ein neuer Konsens entstanden ist. Die bloße Aufkündigung des bisherigen Konsenses reicht demgegenüber nicht aus, um eine alte Regel außer Kraft setzen. Bis zum neuen Konsens bleibt aber das alte Regelwerk in Kraft; ein Umstand, der um so nachteiliger ist, als das Konsenspostulat oder Mehrheitsquorum gerade nicht zur Überwindung fehlenden Sachverstandes, sondern zur Vermittlung der gerade nicht sachlichen Interessen vorhanden ist. Das Einfließen neuer Erkenntnisse kann somit von Blockademinderheiten verhindert oder doch verzögert werden. Während dieser Zeit gelten *technisch überholte Regelwerke* fort, die gerade nicht mehr den „fortschrittlichen“ Stand der Erkenntnis

20) Solche Gremien beschreibt *Marburger* a.a.O. (Fn. 5), S. 195 ff.

21) So oder ähnlich *Plischka*, Technisches Sicherheitsrecht, 1969, S. 40 ff.; *Lukes* NJW 1973, 1214; *Hanning*, Umweltschutzrecht und überbetriebliche technische Normung, 1976, S. 78 ff., 111 ff.; *Breuer* a.a.O. (Fn. 2), S. 80 f., 84; *Winters*, Atom- und Strahlenschutzrecht, 1978, S. 100 ff.; *Bender* NJW 1978, 1951; *Vieweg* a.a.O. (Fn. 3), S. 193 f.; *ders.* a.a.O. (Fn. 3), S. 2475.

22) So *Vieweg* ebd.

23) Weitergehende Bedenken bei *Berg* DV 1984, 107 ff.

24) *Marburger* a.a.O. (Fn. 2), S. 158 f.; s. zum DIN auch *Nicklisch* NJW 1983, 847; zum DIN und VDI *Rittstieg*, NJW 1983, 1099; zu den kerntechnischen Ausschüssen *Vieweg* a.a.O. (Fn. 3), S. 194.

25) Näher hierzu *Jarass* a.a.O. (Fn. 1), § 48 Rdnr. 18 f.; *Meder* UPR 1983, 281.

26) Diesen Beweis hat das BVerwG erhoben; s. E 57, 250, 258 ff.; ablehnend – unter Hinweis auf den Charakter der technischen Anleitungen als „Ergebnis umweltpolitischer Wertung“ – VGH Mannheim, GewA 1980, 197, 201.

27) Dazu auch *Breuer* DVBl. 1978, 34; 599; *Niere* DVBl. 1975, 172 ff.

wiedergeben. Ein Sachverständiger, der von veralteten Gegebenheiten ausgeht, obwohl neue bekannt sind, könnte aber von Behörde oder Gericht nicht berücksichtigt werden. Sein Sachverständigengutachten trüge zur Klärung des „Standes der Technik“ oder gar des „Standes von Wissenschaft und Technik“ nichts bei. Gilt dies für einzelne, vom Gericht bestellte Sachverständige, so kann dieser Umstand auch für antizipierte Sachverständigengutachten nicht unbeachtet bleiben. Wenn das Regelwerk von überholten Gegebenheiten ausgeht – etwa als „kleinstes gemeinsames Minimum“ –, so kommt es als Sachverständigengutachten nicht in Betracht, weil es zu seinem Thema nichts aussagt.

Daß dieses Problem auch praktisch Relevanz aufweist, zeigt die Entwicklung der Rechtsprechung zur TA-Lärm von 1968. Als zehn Jahre nach ihrem Erlaß die technische Entwicklung über sie hinweggegangen war, nahm ihre Heranziehung als antizipiertes Sachverständigengutachten notwendig ab. So wurde die neuere VDI-Richtlinie 2058 der alten TA-Lärm vorgezogen<sup>28</sup>. Ähnliches galt für DIN-Norm 18005<sup>29</sup>, VDI-Richtlinie 2310<sup>30</sup> oder VDI-Richtlinie 3471<sup>31</sup>. Mit zunehmendem Alter müssen demnach technische Regelwerke auf ihre Aktualität überprüft werden, wenn sie in ein Verfahren einbezogen werden sollen.

Die Konsequenz aus diesem Umstand ist darin zu sehen, daß *technische Regelwerke*, um überhaupt als *Sachverständigengutachten* herangezogen werden zu können, *hinreichend aktuell* sein müssen<sup>32</sup>. Ob eine Regel diese Anforderungen erfüllt, muß vor ihrer Heranziehung im einzelnen Verfahren geklärt werden. Da dem Gericht hierfür die eigene Sachkunde jedoch regelmäßig fehlen wird, ist hier erforderlichenfalls Sachverständigenbeweis zu erheben. Dessen Gegenstand hat dann zu sein, ob das technische Regelwerk noch zeitgerecht ist oder nicht. Ob es als Sachverständigengutachten einbezogen werden kann, ist somit vom Sachverständigen zu prüfen. Die Möglichkeit der Einbeziehung neuer, besserer Erkenntnisse schließt die Anwendung des alten Regelwerks aus<sup>33</sup>.

#### IV. Sachverständigengutachten zu Rechtsfragen?

a) Umstritten ist auch, ob der Inhalt solcher Regelwerke überhaupt ein zulässiger Gegenstand von Sachverständigengutachten sein kann. Dagegen wendet sich die Auffassung, nach welcher die Regelwerke nicht allein technische, sondern auch Rechtsfragen zum Gegenstand haben. Rechtsfragen können aber nicht auf Sachverständige delegiert werden.

Ausgangspunkt jener Kritik ist der Umstand, daß technische Regelwerke zumeist herangezogen werden zur Konkretisierung extrem unbestimmter Rechtsbegriffe. Diese geben den geforderten Standard nur höchst undeutlich vor, wenn sie etwa „Vorsorge“ gegen schädliche Umwelteinwirkungen, eine Orientierung am „Stand der Technik“ oder einfach „erforderliche Maßnahmen“ verlangen. Die Konkretisierung solcher Anforderungen ist eben keine bloß technische Frage, sondern eine Rechtsfrage. Die Heranziehung eines technischen Regelwerks determiniert hier zugleich den geforderten technischen Standard; es beschreibt also nicht allein, daß etwas „sicher“ sein muß; sondern auch, wie sicher es sein muß. Hier sind *Abwägungen auf Rechtsebene* erforderlich, *welche der Behörde und dem Richter* entsprechend der allgemeinen Kompetenzordnung, nicht hingegen den Sachverständigen *obliegen*. Von dieser Prämisse her ist es konsequent, wenn gefordert wird, daß der Staat – und hier im Rahmen des Wesentlichen der Gesetzgeber – selbst zu regeln habe, welcher Standard geboten sei; dies sei eine Aufgabe des Rechts und nicht der

Technik<sup>33a</sup>. In die gleiche Richtung geht auch die Auffassung, technische Regeln seien insoweit keine – allein – kognitiven, sondern – auch – volitive Akte<sup>34</sup>. An diesen Ansatz knüpft auch die Forderung an, technische Regelwerke in der Form von Rechtsnormen zu erlassen, soweit sie gesetzliche Anforderungen konkretisieren<sup>35</sup>.

Im Ergebnis läuft diese Kritik darauf hinaus, daß hier Rechtsentscheidungen vom Staat weg auf „technische“ Instanzen verlagert werden, welche gerade für die rechtlichen Belange keinen besonderen Sachverstand besitzen. Damit wäre das Regelwerk kein Sachverständigengutachten für die Frage, zu deren Beantwortung es herangezogen wird. Kann es keine Sachverständige zu Rechtsfragen geben, weil hier die staatlichen Instanzen verantwortlich gefordert sind, so ist das Regelwerk vom Status des Gutachtens ausgeschlossen.

b) Zutreffend geht die dargestellte Ansicht davon aus, daß technische Regelwerke – insoweit anders als Kausalgesetze – nicht bloß vorhandene natürliche Sachverhalte gleichsam beschreiben. Sie bedingen vielmehr *Abwägungen und Bewertungen*, die naturwissenschaftlich gerade nicht determiniert werden können. Ob eine Steckdose gegen unsachgemäßes Hantieren von Kindern gesichert werden soll oder nicht, ist keine Frage von „sicher“ oder „unsicher“, sondern eine solche des hingenommenen Sicherheitsstandards<sup>36</sup>. Dieser ist allerdings kein technisches, sondern ein soziales, ökonomisches bzw. politisches Problem. Notwendig weisen viele Regelwerke auch *derartige Inhalte* auf. Damit fehlt es ihnen zugleich aber auch an der erhöhten Richtigkeitsgewähr, welche die Kenntnisse des Sachverständigen verbürgen: Führt der Sachverständige Beweisbares und Nachprüfbares in den Prozeß oder in das Verwaltungsverfahren ein, so gilt dies für technische Regeln nicht hinsichtlich aller ihrer Elemente. Sie enthalten vielfach Wertungen; und wer sie heranzieht, zieht derartige Wertungen heran.

Ein solcher Gehalt der Regelwerke steht allerdings ihrer Eigenschaft als Sachverständigengutachten nicht entgegen, wenn das Regelwerk trotz solcher Wertungen die Funktion des Sachverständigengutachtens nicht überschreitet. Der Stand der Technik setzt eben nicht nur voraus, daß es – mögliche – technische Verfahren gibt, sondern zugleich, daß diese als „Stand“ der Technik anerkannt werden können. Gerade hier ist das technische Regelwerk nicht ohne Indizwert. Einerseits fehlt es dem entscheidenden Beamten oder Richter regelmäßig an hinreichenden eigenen Kenntnissen technischer Verfahren; erst recht fehlt es ihnen an Kenntnissen, ob ein solches Verfahren den „Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren“ unter Einbeziehung von Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen darstellt, „die mit Erfolg im Betrieb erprobt worden sind“ (§ 3 Abs. 6 BImSchG). Gerade hierüber enthalten technische Regelwerke *Mindestaussagen*: Grenzen sie sachgerechte von anderen technischen Verfahren ab, so sind die vom Sachverständigen vorgeschlagenen sachgerechten Lösungen sicherlich „erfolgreiche“ und „erprobte“ technische Verfahren. Die Bewertung, ob eine Lösung „fortschrittlich“ ist oder nicht, wird hier gerade vom Gesetzgeber gefordert. Da dem Richter die Sachkunde fehlt, kann diese hier kein anderer prägen als der Sachverständige.

c) Dabei maßt sich der Sachverstand der Regelaufsteller keine – unzulässige – richterliche Funktion an. Der Grund hierfür liegt schon darin, daß das Gesetz dem Richter kein Verfahren zwingend vorschreibt, in welchem er den „Stand der Technik“ zu ermitteln hat. Schon gar nicht verweist das Gesetz auf „die“ vorhandenen Regelwerke oder gar auf ein bestimmtes. Umgekehrt werden technische Regelwerke auch nicht im Hinblick auf bestimmte Gesetze erlassen. Sie

33a) *Erichsen* DVBl. 1985, 22, 28 f.; warnend auch *Sendler* a.a.O. (Fn. 10), S. 2914.

34) *Backherms* JuS 1980, 13; *Sendler* UPR 1981, 13; *Feldhaus* UPR 1982, 137, 144 f.; *Papier* in: Bitburger Gespräche, 1981, S. 81 ff.; dagegen *Marburger*, *Atomrechtliche Schadensvorsorge*, 1983, S. 158 f.; wohl auch *Vieweg*, *Atomrecht und technische Normung*, 1982, S. 210 ff.

35) *Rittstieg*, *Die Konkretisierung technischer Standards im Anlagenrecht*, 1982, S. 221 ff.; *Obermayer* a.a.O. (Fn. 11), § 26 Rdnr. 78, bezeichnet die antizipierten Sachverständigengutachten schon gegenwärtig als „keine Sachverständigenäußerungen“, sondern als „Richtlinien mit rechtsnormähnlichem Charakter“.

36) Dazu schon *Marburger* a.a.O. (Fn. 5), S. 31; s. auch *Gusy* UPR 1986, 243.

28) BVerwG, *GewA* 1977, 385; OVG Münster, NJW 1979, 722; VGH Mannheim, VBIBW 1982, 139.

29) VGH Mannheim, BauR 1974, 392 f.

30) OVG Lüneburg, *GewA* 1978, 344; OVG Münster, UPR 1982, 206; BayVGH, UPR 1982, 98.

31) OVG Münster, RdL 1980, 174.

32) *Breuer* a.a.O. (Fn. 2), S. 80 f., 84; *Vieweg* a.a.O. (Fn. 3), S. 193 f.; *ders.* a.a.O. (Fn. 3), S. 2475.

33) BVerwGE 55, 250, 258.

beachten zwar – soweit vorhanden – normative Vorschriften, aber sie sind weder geeignet noch bestimmt, gerade Gesetze zu vollziehen oder zu konkretisieren. Dafür sind weder die Interessen noch die Perspektiven der normerstellenden Instanzen hinreichend gesetzbezogen: Das geltende Recht spielt nur eine Rolle unter vielen im Prozeß der Normung. Die in die Normung einfließenden Belange sind primär ökonomischer und technischer, daneben auch sozialer oder aber rechtlicher Art. Von den der Normung zugeschriebenen „Funktionen“ des Ordnungs-, des Rationalisierungs-, des Qualitätssicherungs-, des Schutz- und des Sicherheitszwecks<sup>37</sup> ist keine primär rechtlicher Art. Wenn demnach der Beamte oder Richter technische Regelwerke zur Lösung von Rechtsproblemen heranzieht, so bemüht er Antworten, die auf völlig andere als auf Rechtsfragen gegeben worden sind. Die „rechtliche“ Funktion maßen sich die Normen keineswegs selbst an; sie wird vielmehr in der Rechtsanwendung von den rechtsanwendenden Instanzen an sie herangetragen. Damit allerdings erhalten die Regelwerke ihren zutreffenden Stellenwert: Sie können nur zur Beantwortung solcher Fragen herangezogen werden, zu welchen der entscheidende Beamte oder Richter Sachverständige heranziehen darf: Darf er die maßgeblichen Rechtsfragen nicht einfach von Sachverständigen entscheiden lassen, so darf er auch nicht aus „antizipierten Gutachten“ die Rechtsfragen beantworten. Konkret bedeutet dies: Technische Regelwerke sind Erkenntnisinstrumente bei der Gesetzesauslegung, aber nicht die Auslegung selbst. Sie dürfen im Verfahren herangezogen werden, soweit es sachverständiger Beurteilung bedarf; die Rechtsfragen müssen von den zuständigen Instanzen selbst entschieden werden. Die Lösung jedes Rechtsfalls hat demnach in einem Dreischnitt zu erfolgen:

- (1) Welchen Sicherheitsstandard fordert das Gesetz für ein Verfahren oder Produkt?
- (2) Welche technischen Verfahren gibt es, welche können als sachgemäß, welche müssen als sachwidrig bezeichnet werden?
- (3) Erfüllt ein sachgemäßes Verfahren den vom Gesetz geforderten Standard<sup>38</sup>?

Die Fragen (1) und (3) unterliegen der richterlichen Kognition; die Frage (2) ist eine solche an den technischen Sachverständigen heranziehbar. Zur Frage (3) kann sich der Richter sachverständig beraten lassen; die Entscheidung muß er selbst treffen. Dabei darf er sich in gar keinem Fall auf antizipierte Sachverständigengutachten verlassen; denn sie enthalten keine Aussage darüber, ob das im Regelwerk vorgesehene Verfahren im Zeitpunkt der Rechtsanwendung – also des Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens – tatsächlich „fortschrittlich“ im Vergleich zu anderen Alternativen oder gar „erprobt“ ist; sie beschränken sich vielmehr auf den Zeitpunkt der Regelerstellung. Derartige Aktualitätsfragen sind aber keine solchen des Rechtscharakters technischer Regelwerke, sondern ihrer Heranziehung im Verfahren. So wenig Beamte oder Richter ihre eigenen Entscheidungen dem Sachverständigen überlassen dürfen, so wenig dürfen sie sie antizipierten Sachverständigengutachten einfach „entnehmen“. Sie dürfen eben auch „antizipierte Sachverständigengutachten“ nur als Sachverständigengutachten heranziehen. Insoweit ist gegen eine Einbeziehung technischer Regelwerke in Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren nichts einzuwenden, wenn (1) die Letztentscheidung beim zuständigen Beamten oder Richter verbleibt; (2) durch die Heranziehung von antizipierten Sachverständigengutachten nicht einfach die rechtliche und die technische Ebene samt ihren ökonomischen, sozialen und sonstigen Implikationen vertauscht werden, sondern der Aussagegehalt der antizipierten Sachverständigengutachten auf technische Fragen beschränkt bleibt; schließlich (3) der entscheidende Beamte oder Richter selbst die Konformität des technischen Regelwerks mit dem rechtlich geforderten Standard überprüft. Fehlt ihm zum letzten Punkt der eigene Sachverstand, so muß er

gegebenenfalls hierfür eigene Sachverständige heranziehen; die Beschränkung auf ein antizipiertes Sachverständigengutachten genügt dann nicht.

Richtig herangezogen, geben antizipierte Sachverständigengutachten die gebotene Arbeitsteilung zwischen Rechtsanwendung und Sachverstand nicht auf, sondern ermöglichen sie durchaus. Allerdings gelingt dies nur, wenn der Entscheidende seine Aufgaben nicht einfach auf die „technische Regel“ abschiebt. Tut er dies, so ist dies allerdings kein Mangel des Regelwerks, sondern des für die Rechtsentscheidung zuständigen Verfahrens. Technische Regelwerke selbst maßen sich keine richterlichen Funktionen an; sie können nur in solche hineingedrängt werden. Daraus folgt zugleich: Die gesetzlich geforderte Arbeitsteilung zwischen Richter und Sachverständigem steht der Heranziehung „antizipierter Sachverständigengutachten“ nicht per se entgegen. Richtig herangezogen, können sie die Rechtsentscheidung sinnvoll ergänzen; falsch herangezogen, verlagert sich unzulässig die Entscheidungskompetenz. Aber dies haben antizipierte Sachverständigengutachten mit allen anderen Sachverständigengutachten gemeinsam.

d) Anders stellt sich hingegen die Rechtslage dar, wenn dem Entscheidenden die Heranziehung bestimmter Sachverständigengutachten zwingend vorgeschrieben ist. Gerade dies ist durch die Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG gegenüber den Genehmigungsbehörden geschehen. TA-Luft und TA-Lärm nehmen somit eine Sonderstellung ein, die sie von anderen Regelwerken unterscheidet. Insoweit kommt dem Regelwerk quasi normative Verbindlichkeit zu; dem Normanwender ist die Entscheidung entzogen, ob er die technische Regel heranziehen darf oder nicht. Hier überschreitet das Regelwerk den Wirkungsbereich des Sachverständigen: Es betrifft nicht nur technische, sondern auch Rechtsfragen. Konsequenz folgt daraus: Soweit technische Regelwerke mit Rechtsverbindlichkeit gegenüber Normanwendern ausgestattet sind, sind sie keine „antizipierten Sachverständigengutachten“ und können auch nicht wie solche behandelt werden; soweit hingegen in anderen Verfahren die Befolgung derselben Regelwerke nicht vorgeschrieben ist, können sie jedenfalls als antizipierte Sachverständigengutachten herangezogen werden. Sie unterliegen dann dem gleichen rechtlichen Regime wie alle anderen technischen Regeln. Maßgebliche Bedeutung erlangt dies gerade für die technischen Anleitungen nach § 48 BImSchG. Wer die Bindung der Gerichte an Verwaltungsvorschriften verneint<sup>39</sup>, weist ihnen notwendig einen Doppelstatus zu: Für die Verwaltung wirken sie normativ; für die Gerichte als antizipierte Sachverständigengutachten. Damit unterliegen sie den dargestellten Regeln über die Arbeitsteilung zwischen Rechtsentscheidung und Sachverhaltsbeurteilung nur vor Gericht. Eben aus diesem Doppelcharakter folgen die zahlreichen Diskussionen um die technischen Anleitungen.

## V. Objektivität und Neutralität der Sachverständigengutachten?

Die dargestellten Anforderungen an die Objektivität und Neutralität der Sachverständigen gelten in gleicher Weise für diejenigen Gremien, welche die antizipierten Sachverständigengutachten erstellen<sup>40</sup>. Ihre Zusammensetzung muß demnach in der Weise interessenpluralistisch organisiert sein, daß kein nicht-sachliches Interesse sich in ihnen durchsetzen kann. Als erforderliche Kriterien hierfür sind inzwischen anerkannt<sup>41</sup>:

- Notwendigkeit der verfahrensmäßigen Repräsentanz des interessenspezifischen Sachverstandes zur Sicherung der erforderlichen Objektivität und Neutralität,
- rechtliche Weisungsunabhängigkeit des Gremiums,

39) Jarass a.a.O. (Fn. 1), § 48 Rdnr. 11 mit Überblick.

40) S.o. II c.

41) Vgl. die Nachweise o. Fn. 21 und ausführlich Vieweg a.a.O. (Fn. 3), S. 210 ff.; ders. a.a.O. (Fn. 3), S. 2475 f.; Rittstieg NJW 1983, 1100.

37) Dazu Marburger a.a.O. (Fn. 5), S. 56; s. auch Gusy ebd.

38) Diesen Schritt fordert daher auch zu Recht Erichsen a.a.O. (Fn. 33a).

- hinreichend *eindeutige normative Vorgaben* für die am Prozeß der Normerstellung Beteiligten<sup>42</sup>,
- verfahrensmäßige Sicherung der *Aktualität der Normen*. Ob und inwieweit diese Anforderungen durch technische Regelwerke erfüllt sind, läßt sich nicht allgemein feststellen, da die Erstellung technischer Regelwerke von völlig unterschiedlichen Einrichtungen in je besonderen Verfahren vorgenommen wird. Hier soll unterschieden werden nach dem Träger der jeweiligen Einrichtung. Danach kann differenziert werden in staatliche, private und kombiniert staatlich-private<sup>43</sup> Regelerstellung. Die maßgebliche Fragestellung soll hier an zwei Regelwerken, die praktisch von großer Bedeutung sind, exemplarisch untersucht werden.

### 1. Staatliche Regelwerke

a) Die ausschließlich staatliche Regelerstellung, also die Schaffung technischer Standards allein durch staatliche Instanzen, kann hier außer Betracht bleiben. Sie ergeht nämlich regelmäßig nicht in der Form, welche die Heranziehung der Regelwerke als antizipierte Sachverständigengutachten erforderlich macht. Vielmehr ergehen die *staatlichen technischen Regeln als Rechtsnormen* mit Bindungswirkung für Verwaltung und Rechtsprechung. Beispiel hierfür sind insbesondere § 6 StVG i. V. m. §§ 30 ff. StVZO oder die Festsetzung der Dosisgrenzwerte in §§ 44 ff. StrahlenschutzVO in Verbindung mit der Anlage X. Diese Standards sind normativ verbindlich und nehmen so an der Bindungswirkung ihrer Rechtsgrundlagen teil<sup>44</sup>. Daher bleibt kein praktisches Bedürfnis, sie als antizipierte Sachverständigengutachten heranzuziehen. Dementsprechend brauchen sie auch nicht die dafür geltenden Anforderungen zu erfüllen. Vielmehr sind diese Anforderungen gerade bei Regelwerken bedeutsam, welche der Geltung als Rechtsnormen entbehren.

b) Sonderprobleme bereiten die *technischen Anleitungen nach § 48 BImSchG*. Sie werden zwar von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates erlassen, sind also insoweit staatlicher Herkunft. Umgekehrt werden sie aber gerade nach Anhörung der beteiligten Kreise erlassen, also eines jeweils auszuwählenden Kreises von Vertretern der Wissenschaft, der Betroffenen, der beteiligten Wirtschaft, des beteiligten Verkehrswesens und der zuständigen Landesbehörden (§ 51 BImSchG). Die Gründe der genannten Sonderprobleme sind insbesondere:

aa) Das Bundes-Immissionsschutzgesetz kennt nur relativ weitmaschige Anforderungen an die einzelnen Anlagen, welche vielfältiger Konkretisierung bedürfen. Da regelmäßig zumindest mehrere Konkretisierungen möglich sind, können sich angesichts denkbarer, gegenläufiger Interessen zwischen dem Umweltschutz einerseits und den Betreibern andererseits durchaus Meinungsverschiedenheiten ergeben, die gerichtlich ausgetragen werden. Da lange Instanzenzüge die Verwirklichung der Ziele des Bundesimmissionsschutzgesetzes zusätzlich erschweren würden, neigen insbesondere die staatlichen Stellen zum *Vorauskompromiß*, indem sie bei der Höhe der Anforderungen von vornherein Zugeständnisse machen<sup>45</sup>. Dazu ist das Verfahren der Erstellung von technischen Anleitungen geradezu die ideale Form, wenn nicht bloß angehört, sondern ausgehandelt wird. Das gilt um so mehr, als Bundesregierung und Bundesrat auch politischem Druck - wie etwa dem Arbeitsplatzargument - zugänglich sind.

bb) Darüber hinaus ist der Gegenstand der technischen Anleitungen der „Stand der Technik“ (§ 48 Nr. 2 BImSchG). Gerade bei der Ermittlung dieses Standes haben allerdings die beteiligten Privaten gegenüber der öffentlichen Hand einen Vorsprung. Sie haben die Anlagen und Verfahren entwickelt und sind mit den Anwendungsfragen vertraut. Daher können sie besser abschätzen, welche zusätzlichen Möglichkeiten der Emissionsminderung technisch realisiert werden können und welche nicht, als es die staatlichen Stellen könnten. Der Staat hat einfach nicht die *Forschungs- und Entwicklungskapazitäten*, um über alle Anlagen selbst im Bilde zu sein. Er ist so durch sein geringeres Know-how notwendig den Betreibern und Herstellern von Anlagen unterlegen. Hier wandelt sich der Know-how-Vorsprung in einen Argumentationsvorsprung. Wer besser informiert ist, kann die möglichen Verbesserungen eher abschätzen. Dadurch gerät der Staat in eine Art Argumentationslast, wenn er im Falle eines Widerspruchs seitens der beteiligten

Privaten die Möglichkeiten einer Verbesserung darlegen muß. Dieser kann er aber um so schlechter nachkommen, als er eben schlechter informiert ist. Überlegenes privates Wissen führt hier zu einer Blockademöglichkeit seitens der Hersteller und Betreiber.

Spricht so faktisch mehr für eine Regelerstellung im Wege des Aushandelns als im Wege einseitigen staatlichen Setzung, so ist diese kombiniert staatlich-private Normung durchaus in der Lage, objektiv und neutral zu handeln. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß (1) die beteiligten Kreise nach § 51 BImSchG hinreichend interessenpluralistisch zusammengesetzt sind, also insbesondere *staatliches Know-how* durch Forschungseinrichtungen oder staatliche Sachverständige sichergestellt wird und (2) *Bundesregierung und Bundesrat sich an den Ergebnissen des Sachverständigenstandes tatsächlich orientieren*. Daß dies geschieht, ist allerdings nirgends zwingend festgelegt und angesichts politischer Einflußmöglichkeiten von interessierter Seite jedenfalls nicht stets sichergestellt.

Gegen die Heranziehung als Sachverständigengutachten spricht aber ein anderer Aspekt. Das *Verfahren* nach §§ 48, 51 BImSchG ist so kompliziert, daß es *nicht beliebig wiederholt* oder neu eingeleitet werden kann. Daraus resultiert das bisweilen erhebliche Alter der technischen Anleitungen. Je älter sie aber sind, um so unwahrscheinlicher ist, daß sie noch den aktuellen „Stand der Technik“ wiedergeben<sup>46</sup>. Daß sie diesen wiedergeben, ist durch die Existenz des Regelwerks noch nicht bewiesen, sondern erst noch beweisbedürftig.

Konkret folgt daraus: Die *technischen Anleitungen nach § 48 BImSchG können Sachverständigengutachten* darstellen, wenn (1) die beteiligten Kreise nach § 51 BImSchG hinreichend interessenpluralistisch zusammengesetzt sind; (2) die regelerstellenden Instanzen - Bundesregierung und Bundesrat - sich an dem Sachverstand orientiert haben und (3) die Anleitungen noch nicht vom Stand der Technik überholt sind. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so ist eine Heranziehung als Sachverständigengutachten ausgeschlossen. *Ob die Anforderungen (2) und (3) (noch) vorliegen, muß im Einzelfall vom Gericht durch Sachverständigenbeweis geklärt werden.*

### 2. Private Regelwerke

a) Die ausschließlich *private Regelsetzung* erfolgt - ganz im Gegensatz zur staatlichen - nicht in staatlich-administrativer, sondern allein in privater Trägerschaft. Sie zeichnet sich dadurch aus, daß hier gerade nicht der Staat handelt, sondern die Normung im Wege der verbandlichen Selbstorganisation durch private Träger erfolgt, welche von *staatlichen Beteiligungen oder Vorgaben* gerade frei sind. Private Träger handeln durch Privatpersonen; sofern auch staatliche Stellen beteiligt sind, wird hier die Regelerstellung als kombiniert staatlich-private angesehen. Die Privaten werden regelmäßig im Hinblick auf ihre eigenen Regelungsbedürfnisse tätig und handeln gerade nicht in Vollziehung von oder auch nur im Hinblick auf Rechtsvorschriften. Sie handeln somit nicht, um etwa den „Stand der Technik“ in § 3 Abs. 6 BImSchG zu konkretisieren; umgekehrt können ihre Regelwerke eben diesen Standard darstellen. Ob sie dies tun, hängt von ihrem Inhalt ab; ob sie insoweit als antizipierte Sachverständigengutachten herangezogen werden können, hängt von der Objektivität und Neutralität der regelerstellenden Gremien<sup>47</sup> ab. Die Zahl der hiermit befaßten privaten Gremien, Ausschüsse und sonstigen Personenmehrheiten ist kaum überschaubar; ihre bekanntesten sind etwa der VDI<sup>48</sup> und der VDE<sup>49</sup>.

Beide Organisationen vereinigen in sich - mit partiell unterschiedlicher Rechtsstellung - juristische Personen des Privatrechts und Privatpersonen; staatliche Einrichtungen und insbesondere öffentliche Unternehmen können Mitglied werden, sofern sie auf den Gebieten tätig sind, welche den Gegenstand der Beschäftigung

42) S. dazu o. II 2 c.

43) Ein anderes Beispiel sind etwa die KTA-Regeln; dazu Vieweg, Atomrecht a.a.O. (Fn. 3); Berg DV 1984, 107 ff.

44) Zu solchen Regelwerken etwa Ossenbühl BB 1984, 1901.

45) Ausführlich hierzu Bohne, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 49 ff.

46) Beispiele überholter technischer Anleitungen bei Jarass a.a.O. (Fn. 1), § 48 Rdnr. 20.

47) Zu diesen Gremien s.o. die Nachweise in Fn. 20.

48) Dazu Marburger a.a.O. (Fn. 5), S. 222 ff.

49) Dazu Marburger a.a.O. (Fn. 5), S. 208 ff.

der jeweiligen Organisation bilden. Wichtigstes Mitgliedschaftskriterium für natürliche Personen ist eine bestimmte Ausbildung oder berufliche Stellung. Damit treffen in den Vereinigungen Sachverständige und wirtschaftliche Interessen zusammen, wobei der ersten Gruppe die überwiegende zahlenmäßige Mehrheit zukommt. Beide Seiten können grundsätzlich auch in den Organen der Vereinigung mitwirken, welche ihrerseits die Ausschüsse zur Erstellung der Regelwerke bestimmen. In diesen sollen die „interessierten Kreise der Wissenschaft und Praxis“ „möglichst“ so vertreten sein, „daß alle berechtigten Interessen angemessen vertreten sind“. Dabei soll eine Regel möglichst einstimmig, bei fehlendem Konsens aber auch durch Mehrheitsentscheidung verabschiedet werden können; für die überstimmte Minderheit und sonstige Betroffene besteht dann die Möglichkeit eines Einspruchsverfahrens vor den Organen der Vereinigung. Die erlassenen Regelwerke sind keine Rechtsnormen; sie verpflichten rechtlich niemand zu ihrer Befolgung. Praktisch werden sie allerdings von Behörden und Gerichten stets herangezogen zur Unterscheidung von sachgerechten und sachwidrigen Verfahrensweisen.

Ob durch die Tätigkeit solcher privaten Regelersteller eine interessenpluralistische Berücksichtigung aller Belange gewährleistet ist, kann an der Zusammensetzung der Normungsgremien, deren Verfahren und der Wirkung der Regelwerke untersucht werden, welche auf jene Weise verabschiedet worden sind. Objektivität und Neutralität der Arbeitsergebnisse sind Voraussetzung ihrer Heranziehung als Gutachten; dementsprechend müssen die Regelwerke neutral sein; Neutralität darf nicht nur ein Postulat oder Desiderat bleiben.<sup>50</sup>

b) Bei der Zusammensetzung der Normungsorganisationen fällt primär auf, daß neben dem „Sachverstand“ auch Interessen vertreten sind; diese sind aber allein private bzw. wirtschaftliche Interessen. Demgegenüber sind öffentliche Interessen nicht vertreten. Auch öffentliche Unternehmen oder sonstige Körperschaften, welche in den Gremien mitwirken, sind dort nicht als Repräsentanten öffentlicher Interessen, sondern als Vertreter gerade ihrer Unternehmensinteressen beteiligt. Dementsprechend sind öffentliche Interessen faktisch nicht vertreten. Die privaten Interessen sind hier unter sich; vor einem insoweit ausgewogenen Interessenspektrum kann nicht gesprochen werden.<sup>51</sup> Darüber hinaus sind aber auch die Sachverständigen, welche die zahlenmäßige Mehrheit in den Organisationen ausmachen, nicht frei von interessenmäßigen Bindungen. Insoweit besteht kein qualitativer Unterschied zwischen Sachverstand und Interessen; vielmehr ist die Differenz höchstens gradueller Natur. Die Ursache hierfür liegt nicht in der Normungsorganisation selbst, sondern in den außerrechtlichen Rahmenbedingungen ihres Wirkens. Die Sachverständigen werden nämlich ehrenamtlich für die regelerstellende Organisation tätig; sie sind beruflich bei Dritten, also zumeist in Unternehmen, tätig. Nur wenige Mitglieder sind als freie und unabhängige Sachverständige auch hauptberuflich beschäftigt und dabei von Aufträgen privater Interessenten wirtschaftlich unabhängig. Faktisch ergibt sich bereits hieraus eine beruflich-wirtschaftliche Loyalität der Sachverständigen nicht zur Normungseinrichtung, sondern zu den Dritten, für welche sie beruflich tätig werden. Diese Dritten sind aber regelmäßig niemand anders als solche Unternehmen, die als Interessenten gleichfalls in der Normungsorganisation tätig sind. Sind die beteiligten Sachverständigen demnach wirtschaftlich in die Beteiligteninteressen eingebunden, so sind sie auch bei der Erstellung der Regelwerke zumindest tendenziell interessiert. Ob und inwieweit private Interessen daher in den Normungsorganisationen im Sachverstand ein Gegengewicht finden, hängt überwiegend von der individuellen Charakterstärke der einzelnen Ausschußmitglieder ab. Daran ändert die förmliche Weisungsunabhängigkeit des

regelerstellenden Gremiums nichts. Einerseits vermag das Mitgliedschaftsrecht der Normungsorganisation zwar eine Weisungsunabhängigkeit von den höheren Normungsgremien auszuschließen, nicht hingegen eine solche von Dritten. Zudem geht es hier weniger um rechtlich bindende Weisungen als vielmehr um persönliche Verflechtungen außerrechtlicher Art.

Im Ergebnis kann somit festgestellt werden: Die Zusammensetzung der privaten Normungsorganisationen verbürgt für sich die Neutralität und Objektivität der Regelwerke nicht. Vertreter öffentlicher Interessen fehlen völlig. Wirtschaftliche Interessen finden in den Sachverständigen höchstens ein bescheidenes Korrektiv, welches zudem mit den Interessenten auf zahlreiche Weise verflochten ist. Überspitzt formuliert läßt sich sagen, daß in diesen Organisationen die wirtschaftlichen Interessen sich in eine Interessenten- und eine Sachverständigen-Bank teilen. Öffentliche Interessen werden so nahezu ausgeschlossen; ein Zustand, der um so bemerkenswerter ist, als die zahlreiche Normen des öffentlichen Rechts, welche auf den Stand der Technik oder vergleichbare Phänomene verweisen, gerade auch öffentliche Interessen durchsetzen wollen.

c) Auch das Verfahren in derartigen, privaten Normungsorganisationen schließt öffentliche Interessen weitgehend aus. Ausgangspunkt ist der Umstand, daß technische Regelwerke gewöhnlich nicht im Hinblick auf Gesetze beschlossen werden, sondern aus sonstigen, außerrechtlichen Bedürfnissen der Beteiligten. Maßgeblich hierfür sind Kostenersparnis-, Rationalisierungs- und Sicherheitsanliegen.<sup>52</sup> Am Beginn jeder Normung steht ein Antrag oder Vorschlag, der regelmäßig aus den Reihen der Mitgliedschaft der Normungsorganisation, also der privaten Sachverständigen oder Interessenten, stammt. Sie geben damit vor, was überhaupt normiert werden soll und was nicht. Damit aber endet ihr Einfluß nicht: Vielmehr macht der Antragsteller häufig Vorschläge, wie die Norm ausgestattet sein soll. Er gibt demnach auch vor, wie das Regelwerk ausgestaltet werden soll. Daß dabei die Interessen des Antragstellers einfließen, versteht sich nahezu von selbst. Nimmt er den Aufwand auf sich, einen einheitlichen technischen Standard zu schaffen, so wird er diesen Aufwand regelmäßig nur riskieren, wenn zumindest hinreichende Erfolgsaussichten dafür bestehen, daß er seine Vorstellungen auch durchsetzen kann.

Tatsächlich hat der Antragsteller im Verfahren einen gewissen Vorteil. Der Grund dafür liegt darin, daß der Normungsvorschlag eine Antwort auf ein Problem darstellt, daß sich gerade ihm stellt. Er kennt am besten die ökonomischen und technischen Rahmenbedingungen gerade seines Vorschlages, und er kann daher auch am besten beurteilen, welche möglichen Lösungsalternativen bestehen könnten, die ein Problem von vornherein vermeiden oder anders gelöst hätten. Jedem anderen Mitglied in dem regelerstellenden Gremium fehlt genau diese Sachkenntnis, jedenfalls hinsichtlich der Einzelheiten. Erlangt auf diese Weise der Antragsteller einen Vorteil, so kann er am besten seinen Normungsvorschlag durchsetzen. Aber selbst wenn er ihn nicht durchsetzen kann, weil andere Mitglieder des regelerstellenden Gremiums anderer Auffassung sind und ihre Vorstellungen einbringen, so ist und bleiben dies doch allein private, am unternehmerischen Kosten-, Rationalisierungs- oder Sicherheitsdenken orientierte Einwände. Selbst wenn auf diese Weise der Vorschlag modifiziert oder gar ein anderer, konkurrierender Vorschlag verwirklicht wird, so ist auch dies ein privates, aus der genannten Interessenstruktur stammendes Regelwerk. Demnach bestimmen die beteiligten privaten Interessen, was überhaupt normiert wird, wo es also einen in ein Regelwerk geronnenen „Stand der Technik“ gibt, und wie das Regelwerk ausgestaltet ist, welche inhaltlichen Anforderungen also an den „Stand der Technik“ gestellt werden.

Setzt sich hierbei allein das private Interesse durch, so

50) Nicht ganz eindeutig insoweit Nicklisch, NJW 1983, 847, der diesbezüglich einerseits den Sachverstand der Gremien und ihre sachliche Unabhängigkeit betont; andererseits aber auch fordert, daß „durch eine insoweit ausgewogene Zusammensetzung des Expertengremiums etwa bestehende Besorgnisse abgebaut werden können“. Während die beiden erstgenannten Aspekte den Status quo betreffen, ist letztgenannter ein Postulat, das erst eingelöst werden muß.

51) Hierzu und zum folgenden ausführlich Gusy UPR 1986, 244 ff.

52) Näher hierzu Plischka, Technisches Sicherheitsrecht, 1969, S. 96 ff.; 110 ff.; Marburger a.a.O. (Fn. 20), S. 51 ff., 130 ff., 247 ff.; Murswiek a.a.O. (Fn. 2), S. 375 f.

besteht insoweit keinerlei Veranlassung, aus dem Verfahren der Regelaufstellung auf die ausgewogene Interessensvermittlung zwischen öffentlichen und privaten Belangen im Sinne von Objektivität und Neutralität zu schließen.

d) Dafür spricht letztlich auch die *Normbefolgung*. Diese ist niemandem rechtlich vorgeschrieben, sondern allein freiwillig. Abweichende können auch dann rechtmäßig handeln, wenn sie ein anderes als das geregelte Verfahren wählen. Sie müssen allerdings gegenüber Behörden oder Gerichten den Nachweis dafür erbringen, daß ihr Verfahren gleichfalls sachgerecht ist.

Daraus folgt eine unübersteigbare Grenze der Einbringung öffentlicher Interessen in technische Regelwerke. Freiwillige Normbefolgung wird nur stattfinden, wenn die Befolgung günstiger ist als die Normabweichung. Wie günstig jeweils die Normbefolgung ist, richtet sich danach, inwieweit die Befolgung Aufwand für Neu- oder Änderungsinvestitionen erfordert bzw. eine Nachschulung des Personals bedingt. Derartige Lasten sind für den Unternehmer um so niedriger, je weniger das Regelwerk vom bislang praktizierten Zustand abweicht. Größere Abweichungen bedingen höheren Aufwand. Je höher dieser Aufwand, desto günstiger mag es erscheinen, den Aufwand für den Nachweis zu erbringen, daß eine Normabweichung gleichfalls sachgerecht ist. Je weiter sich dadurch das Regelwerk vom unternehmerischen Status quo entfernt, desto eher ist mit Normabweichungen zu rechnen. Würde sich demnach ein Regelwerk allein oder überwiegend an öffentlichen Interessen orientieren, so ginge damit die Abweichung vom bisherigen Zustand einschließlich des damit verbundenen Aufwandes einher. Eine freiwillige Befolgung der Regel wäre dann nicht vorteilhaft und daher auch nicht zu erwarten. Orientiert sich umgekehrt das Regelwerk an den privaten Interessen der Beteiligten, so ist mit freiwilliger Befolgung zu rechnen; die Normabweichung wird dann höchstens eine seltene Ausnahme sein.

*Freiwilligkeit der Normbefolgung schließt demnach die Durchsetzung öffentlicher Belange durch Normung weitgehend aus.* Wer auf solche Weise öffentlichen Belangen zur Wirksamkeit verhelfen will, kann dies allein mit einer Normbefolgungspflicht oder mit Hilfe sonstiger Anreize erreichen.

Im Ergebnis läßt sich demnach feststellen: *Regelwerke privater Normungseinrichtungen verwirklichen private Interessen gegenüber öffentlichen Interessen.* Sie können letztere höchstens in sehr begrenztem Maße zur Geltung bringen. Demnach kann von einer Objektivität und Neutralität der Regelwerke nicht gesprochen werden; die technische Regel erfüllt demnach nicht die Anforderungen an die Unparteilichkeit des Sachverständigengutachtens und kann dementsprechend nicht als solches herangezogen werden.

e) *Sonderprobleme treten beim DIN* auf.<sup>53</sup> Das DIN ist als privatrechtlicher Verein gegründet. Für ihn gelten grundsätzlich die gleichen Aussagen wie für die bereits dargestellte private Normung. Als Besonderheit kann insoweit aber gelten, daß aufgrund vertraglicher Abmachungen zwischen dem Bund und den Ländern einerseits sowie dem DIN andererseits<sup>54</sup> letzteres verpflichtet ist, der öffentlichen Hand auf Antrag Sitze in den Lenkungsgremien der Normungsausschüsse einzuräumen; ferner sind die in Betracht kommenden öffentlichen Stellen bei der Normungsarbeit zu beteiligen; schließlich soll in der Normungsarbeit das öffentliche Interesse berücksichtigt werden. Insoweit ist das DIN der kombinierten staatlich-privaten Normung zumindest angenähert. Eine hinreichende Objektivität und Neutralität im Sinne interessenpluralistischer Zusammensetzung vermag diese Kooperationsform aber lediglich zu verwirklichen, wenn durch die Beteiligung des Staates die dargestellte einseitige Durchsetzung wirtschaftlicher Interessen im rein privaten Normungsgremium hinreichend kompensiert wird.

Dies ist allerdings zu verneinen. Die Lenkungsgremien der Normungsausschüsse sind nicht die Ausschüsse selbst. Die Normungs-

arbeit wird allerdings in diesen vorgenommen, wo die öffentliche Hand regelmäßig nicht vertreten ist. Bei der praktischen Normerstellung sind die Privaten wieder unter sich. Die Beteiligung der Behörden am Normungsverfahren ist als Anhörungsrecht ausgestaltet, das DIN ist an die Äußerung der Behörden in keiner Weise gebunden. Der öffentlichen Hand bleibt hier nur das Einspruchsverfahren, um die Lenkungsgremien mit der Streitfrage zu befassen. Schließlich ist die „Berücksichtigung“ der öffentlichen Hand keine hinreichende Kompensation für den Umstand, daß die Mitglieder der Normungsausschüsse selbst in private Interessen eingebunden sind. Sie mögen das öffentliche Interesse berücksichtigen; daß es sich auch durchsetzt, ist angesichts der zahlreichen privaten Loyalitäten der Beteiligten zum wirtschaftlichen Sektor nicht zu erwarten. Eine genaue Analyse der faktischen Interessendurchsetzung, die sich im Einzelfall mehr oder weniger verwirklicht, zeigt<sup>55</sup>:

- Interessen des Marktführers vor sonstigen Interessen,
- Industrieinteressen vor sonstigen Interessen; dabei überwiegen die großen die kleinen Unternehmen,
- Interessen der Anbieter vor denen der Nachfrager,
- Interessen der Antragsteller im Verfahren vor sonstigen Interessen,
- private Interessen vor öffentlichen Interessen.

Das öffentliche Interesse rangiert in allen Bewertungsskalen eindeutig am Schluß hinter allen anderen, genannten Interessen. Bei einer derartig eindeutigen Durchsetzung privater Belange kann von Objektivität und Neutralität der DIN-Norm jedenfalls insoweit keine Rede sein, als daß sie als Sachverständigengutachten herangezogen werden könnten.<sup>56</sup>

## VI. Zusammenfassung

*Daß technische Regelwerke im Verwaltungs- bzw. Gerichtsverfahren als Sachverständigengutachten herangezogen werden können, ließ sich nicht feststellen.* Sie erfüllen nicht die Anforderungen des geltenden Verfahrensrechts an derartige Gutachten. Offen blieben insbesondere folgende Kriterien:

(1) Zwar sind die erstellenden Gremien technischer Normen in der Regel sachkundig. Ob allerdings Bundesregierung und Bundesrat sich bei der Erstellung technischer Anleitungen nach § 48 BImSchG stets von dem Sachverständigen leiten lassen, ist im Einzelfall beweiswürdig.<sup>57</sup>

(2) Beweisbedürftig bleibt auch – insbesondere bei höherem Alter der Regelwerke –, ob sie gegenwärtig noch den fortschrittlichen Stand der Technik wiedergeben.<sup>58</sup>

(3) Die notwendige, interessenpluralistische Gremienzusammensetzung ließ sich bei den privaten Normungsorganisationen nicht feststellen.<sup>59</sup>

*Demnach erfüllen technische Regelwerke regelmäßig nicht die Anforderungen, welchen das geltende Recht an Sachverständigengutachten stellt.* Sie sind daher nicht als derartige Gutachten heranzuziehen.

Damit ist aber keineswegs zum Ausdruck gebracht, daß die Regelwerke im Verfahren vollständig irrelevant seien. Sie unterliegen nur nicht den besonderen Regelungen über den Sachverständigenbeweis. Welchen anderen Status sie im Verfahren einnehmen können, richtet sich gleichfalls nach den allgemeinen Verfahrens- bzw. Prozeßrecht. Danach erheben die Behörden und Gerichte die erforderlichen Tatsachen von Amts wegen (§ 24 Abs. 1 VwVfG, § 87 VwGO). Dabei können alle zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel herangezogen werden; eine Beschränkung auf Sachverständigengutachten ist nirgends normiert. Hier eröffnet sich die Möglichkeit, Regelwerke als Informationen heranzuziehen, die eben nicht Sachverständigengutachten sind, sondern *einfache Aussagen über Tatsachen*. Auf diese Weise bleiben eine Reihe von Vorteilen erhalten, welche die Lehre von den antizipierten Sachverständigengutachten anstrebt: Die Regelwerke können überhaupt in das Verfahren eingeführt werden; sie können auch ihre Aussagewirkung dynamisch entfalten. Behörden und Gerichte sind an sie auch „gebunden“, solange die nicht durch andere Aussagen entkräftet bzw. widerlegt

53) Dazu näher *Marburger* a.a.O. (Fn. 5), S. 197 ff.; *Rittstieg* a.a.O. (Fn. 35), S. 51 ff.; *Brinkmann*, Die Verbraucherorganisationen in der Bundesrepublik Deutschland und ihre Tätigkeit bei der technischen Normung, 1976, S. 83 ff.

54) Der Vertrag vom 5. 6. 1975 zwischen dem Bund und dem DIN ist publiziert in DIN, Grundlagen der Normungsarbeit des DIN, 2. Aufl., 1976, S. 151.

55) *Gusy* a.a.O. (Fn. 51), S. 244 ff., insbes. S. 249.

56) So etwa auch *Rittstieg* a.a.O. (Fn. 35), S. 209.

57) S.o. III b.

58) S.o. III c.

59) S.o. V.

werden. Es gibt keinen Satz des deutschen Rechts, wonach eine Bindung an Sachverhaltsfeststellungen nur entsteht, wenn der Sachverhalt durch ein Sachverständigengutachten festgestellt ist. Maßgeblich ist allein, ob der Sachverhalt zutreffend oder unzutreffend festgestellt wurde.

Demgegenüber fallen einzelne Nachteile weg, welche der Qualifizierung als Sachverständigengutachten entgegenstanden. Das gilt insbesondere für den Umstand, daß Sachverständige nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen abgelehnt werden können und ihr Gutachten nur eingeschränkt dem Gegenbeweis zugänglich ist. Eben daran fehlt es den „antizipierten Sachverständigengutachten“ als einfache Aussagen über Tatsachen: Sie müssen sich mit kontroversen Aussagen auseinandersetzen und sind im Einzelfall selbst beweisbedürftig; umgekehrt aber auch dem uneingeschränkten Gegenbeweis zugänglich. Eben dies eröffnet – im Gegensatz zu Sachverständigengutachten, die Beweismittel und nicht mehr beweisbedürftig sind – Feststellungen darüber, ob das Regelwerk noch zeitgemäß ist, ob es sich am Sachverstand orientierte und ob es objektiv und neutral ist.

Technische Regelwerke dürfen und müssen demnach

von der Justiz wie von der Verwaltung herangezogen werden; sie sind allerdings stets darauf zu befragen, ob sie die gesetzlichen Anforderungen auch zutreffend konkretisieren. Eine solche Befragung – notfalls durch Beweiserhebung – hat sich darauf zu beziehen, ob die Regelwerke sich am vorhandenen Sachverstand orientierten und ob die Regelwerke die gesetzlichen Begriffe wie „Stand der Technik“ oder „Stand von Wissenschaft und Technik“ – noch zutreffend konkretisieren<sup>60</sup>, ob sie also noch auf aktuellem Stand und ob und inwieweit sie dabei sach- bzw. interessegeprägt sind.

Eine pauschale Rezeption ist demgegenüber unzulässig. Technische Regelwerke sind eben keine Rechtsnormen, die einfach angewandt werden können und müssen. Auch deshalb ist ihre Heranziehung auch nicht per se rechters, sondern rechtsgebunden.

60) Dies fordern zu Recht *Sendler* a.a.O. (Fn. 33a); *Erichsen DVBl* 1985, 28 f.; *Rittstieg* a.a.O. (Fn. 35), S. 209; *Vieweg* a.a.O. (Fn. 3), S. 193 ff.; ablehnend gegenüber „antizipierten Sachverständigengutachten“ auch *R. Wolf*, *Der Stand der Technik*, 1986, S. 365 ff.

## Ist die Eingriffsregelung nach § 8 BNatSchG ein Papiertiger?

Anmerkungen zu M. Ronellenfitsch:

„Rechts- und Verwaltungsaspekte der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung“, NuR 1986, 284

Von Ltd. Ministerialrat a. D. Dr. Ludger Pielow, Staufien

Nach allgemeiner Auffassung hat das Bundesnaturschutzgesetz gegenüber dem Reichsnaturschutzgesetz zwei wichtige Neuerungen gebracht: die Landschaftsplanung und die Eingriffsregelung<sup>1</sup>. Während zur Landschaftsplanung längst alle Illusionen über einen bundesweiten Durchbruch verfliegen sind, blieb der Eingriffsregelung ihr Ruf als eine bedeutende umwelt- und naturschutzpolitische Markierung noch einigermaßen erhalten<sup>2</sup>.

Wer die Ausführungen von *Ronellenfitsch* liest, könnte geneigt sein, auch hierin eine Selbsttäuschung zu sehen. Es fragt sich, ob sein Generalangriff auf eine sich allmählich verfestigende positive Einschätzung von § 8 BNatSchG<sup>3</sup> gerechtfertigt ist. Ganz einfach ist freilich diese Auseinandersetzung nicht. Denn un schwer ist zu erkennen, daß dem Verfasser wie weiland Kaiser Wilhelm „die ganze Richtung nicht paßt“, was nicht ohne Einfluß auf die Qualität seiner Argumentation ist, die gelegentlich durch die bekannten Abgrenzungsformeln „verfehltes“ oder „überzogenes Umweltverständnis“ abgekürzt wird (Formeln übrigens, die bisher jeden Fortschritt im Naturschutz begleiteten und die häufig gerade von denen kamen, die sich heute ihres fortgeschrittenen Umweltverständnisses rühmen<sup>4</sup>).

Allgemein ist man zunächst geneigt, einigen pointierten Andeutungen *Ronellenfitschs* zuzustimmen, käme nicht der Pferdefuß als bald hinterher. So gleich anfangs der Erwähnung der vertikalen *Fachkumpane*i, der *Fachbrüderschaft* in sektoralen Verwaltungsbereichen<sup>5</sup>. Doch Widerspruch ist schon anzumelden, wenn dazu beschwichtigend auf das umfassende Abwägungsgebot hingewiesen wird. So großartig dieses Prinzip für die Bewältigung komplexer Planungsprozesse in der nachträglichen Rechtskontrolle ist, so wenig eignet es sich für die Erklärung der Verwaltungswirklichkeit, der *Behördenpsychologie*. Verantwort-

lich abgewogen im idealtypischen Sinne wird in der Verwaltung selten oder nie. Je größer ein Projekt ist, um so unentwirrbarer vermischen sich politische, wirtschaftliche und administrative Motive mit Fragen der Opportunität und Akzeptanz, um so mehr auch verwischen sich die Verantwortlichkeiten in der vertikalen, horizontalen und zeitlichen Schlichtung. Die umfassende rechtliche Prüfung ist nur eine von vielen Linien, die schließlich zur Entscheidung führen, und sie geht nicht von der abstrakten Wertvorstellung der höchstmöglichen Verwirklichung des öffentlichen Wohls unter gerechter Berücksichtigung auch der privaten Belange aus, sondern von der Fragestellung, wie das Projekt am schnellsten, billigsten und sichersten „durchzubekommen“ ist.

Es mag sein, daß in diesem komplizierten Prozeß eine Art kollektives Unterbewußtsein auch *abwägt*. Mit Sicherheit werden gelegentlich Warnleuchten an den von der Rechtsprechung aufgestellten Hürden aufflackern. Ebenso sicher ist aber auch, daß die Vorstellung von einer realen, in Unabhängigkeit ermittelnden, prüfenden und wägenden Instanz irrig ist<sup>6</sup>. Man darf die im Rahmen des Verwaltungsrechtsschutzes entwickelten Prinzipien eines begrifflich geordneten Fachplanungsrechts nicht mit einem verwaltungswissenschaftlichen Befund gleichsetzen.

§ 8 BNatSchG sei als Ausprägung des Verursacherprinzips konzipiert; dies besage aber weiter nichts, meint *Ronellenfitsch* weiter. Denn die daraus folgende banale<sup>7</sup> Forderung, daß der Verursacher eines Eingriffs verpflichtet sei, unvermeidbare Beeinträchtigungen auszugleichen, sei nicht subsumtionsfähig. Auf keinen Fall könne man unter Berufung auf ein abstraktes Verursacherprinzip einer extensiven Auslegung des § 8 BNatSchG das Wort reden. Aber auch nicht das Gegenteil, möchte man nach dem Studium seiner Ausführungen sagen. Doch auch hier stimmen die Voraussetzungen nicht. Wohl niemand möchte dem Verursacherprinzip normativen Charakter zuspre-

1) *Lorz*, *Naturschutzrecht*, 1985, § 8 BNatSchG, Anm. 1.

2) *Breuer* NuR 1980, 90; *Gassner* NuR 1984, 841 *Pielow* NuR 1979, 15.

3) *Gaentzsch* NuR 1986, 89.

4) S. z. B. Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage d. Fraktion der Grünen; BT-Drs. 10/6053 (Flurbereinigung).

5) Unter Hinweis auf *Wagener*, *Straßenplanung im Rahmen des übrigen öffentlichen Planungssystems*, in: Blümel (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Straßenrechts*, 1975, S. 94 ff.

6) Ganz besonders gilt dies für den letzten Abschnitt einer realen Fachplanung: die förmliche Planfeststellung. Bei Großvorhaben und öffentlichen Projekten ist sie Vollzug vorangegangener Entscheidungen. Einwendungen wirken sich daher in der Regel nur auf Details und die Begründung aus.

7) S. auch *Pielow* NuR 1979, 15.