

Vorschlag für die gesetzliche Ausgestaltung eines „Testatverfahrens“

Wilhelm Bergthaler

1. Vorbemerkung:

Dem nachstehenden Vorschlag liegt der Entwurf einer GewO-Novelle vom Mai 2025 (basierend auf Vorgesprächen im Jahr 2024) zu Grunde, mit der § 353c neu eingeführt werden sollte. In den fett gedruckten Passagen weicht der Textvorschlag in Pkt 2 von diesem Entwurf ab bzw ergänzt ihn; Gleiches gilt für die Erläuterungen in Pkt 3.

Die Änderungen und Ergänzungen sind durch folgende Überlegungen begründet:

- In Abs 1 Z 1 wird klargestellt, dass die Unterlagen von hierzu befugten Planern stammen müssen. Nur im Rahmen der jeweiligen Befugnis ausgestellte Nachweise können die beabsichtigten Beweiserleichterungen begründen.
- In Abs 1 Z 2 iVm Abs 3 werden die Anforderungen an die Haftpflichtversicherung in Anlehnung an § 2a des Sachverständigen- und Dolmetschergesetzes (SDG) formuliert; wesentlich ist insbesondere, dass die Nachhaftung nicht begrenzt oder ausgeschlossen werden darf.
- In Abs 1 Z 3 wird iVm Abs 4 angeordnet, dass auch die die Fertigstellungsprüfung von jenen Planern vorzunehmen ist, welche die Nachweise der Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen ausgestellt haben. Dies dient zum einen der Effizienz, weil die Planer über die beste Kenntnis ihrer eigenen Planungen verfügen und es daher nahe liegt, dass sie die plan- und gesetzeskonforme Ausführung überwachen. Zum zweiten soll – im Sinne der angestrebten Entlastung der Sachverständigendienste – die Aufgabe der Kontrolle der gesetzeskonformen Ausführung nicht erst recht wieder auf die Amtssachverständigen überwältzt werden.

Die Ausführungen am Ende des Abs 1 zum Prüfumfang der Behörde und der Amtssachverständigen sind den verschärften Anforderungen der **mit E vom 03.12.2024, G 10/2024-16, G 44/2024 verschärften Judikatur des VfGH**, zu (vom allgemeinen Verfahrensrecht abweichenden) Regelungen gem **Art 11 Abs 2 B-VG** geschuldet. Insbesondere sollen die Unterschiede zu der vom VfGH mit E v 02.10.2013, G 118/2012, aufgehobenen Regelung des letzten Satzes des § 31a Abs 1 des Bundesgesetzes über Eisenbahnen, Schienenfahrzeuge auf Eisenbahnen und den Verkehr auf Eisenbahnen

(Eisenbahngesetz 1957 - EisbG), BGBl Nr 60/1957 idF BGBl I Nr 125/2006 im Lichte der dazu publizierten Fachliteratur schärfer betont werden. Der vom VfGH aufgehobene letzte Satz normierte, dass für die vorgelegten Privatgutachten „**die widerlegbare Vermutung der inhaltlichen Richtigkeit**“ gelte. Nach Ansicht des VfGH ist es „*mit dem Rechtsstaatsprinzip und mit Art 11 Abs 2 B-VG unvereinbar, der für die Erteilung einer eisenbahnrechtlichen Bewilligung zuständigen Behörde auf diese Weise die Verantwortung für eine eigenständige Tatsachenfeststellung zu entziehen*“. Die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes gründeten insbesondere darin, dass

*„dem Rechtsstaatsprinzip nicht damit Genüge getan ist, dass die Behörde ein von der Projektwerberin beigebrachtes Sachverständigengutachten **bloß auf Vollständigkeit und Schlüssigkeit (im Sinne von Widerspruchsfreiheit)** zu prüfen und - gegebenenfalls - seine Ergänzung zu veranlassen hat. Vielmehr ermöglicht die in Prüfung gezogene Richtigkeitsvermutung der Sache nach, dass im Einzelfall die Ermittlungstätigkeit und die Tatsachenfeststellung in eisenbahnfachlicher Hinsicht in den für die Bewilligung des Vorhabens wesentlichen Punkten von der Behörde in die Sphäre der Partei (bzw. des von dieser Partei beauftragten Gutachters) verschoben und damit im Ergebnis auch aus der Verantwortlichkeit der Behörde ausgelagert wird. Eine solche Richtigkeitsvermutung ist als **Abweichung vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung** iSd § 45 Abs 2 AVG weder mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar noch im Sinne des Art 11 Abs 2 B-VG erforderlich.“*

Im Gegensatz zu der vom VfGH aufgehobenen Regelung und den dafür maßgeblichen Bedenken wird durch die vorgeschlagene Fassung des § 353c

- **keine Richtigkeitsvermutung** der vorgelegten Unterlagen der Planer statuiert,
- der **Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht eingeschränkt** und
- der Prüfmaßstab der Vollständigkeit (und Schlüssigkeit) **nicht bloß formal im Sinne von Widerspruchsfreiheit** verstanden, sondern **inhaltlich als Prüfung der Nachweisführung zu allen Genehmigungsvoraussetzungen**; diese müssen durch die vorgelegten Unterlagen **vollumfänglich abgedeckt** werden.

Die weiteren Anforderungen (insb betreffend Versicherungsschutz und Haftung) orientieren sich an Vorbildern in anderen Bundesgesetzen (zB SDG oder – betreffend die Haftung – § 3 Abs 1 letzter Satz Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz – FMABG).

Eine noch stärkere Entlastung der Prüfpflicht der Behörde würde im Lichte des Art 11 Abs 2 B-VG eine entsprechende Novellierung des AVG voraussetzen.

2. Textvorschlag:

„§ 353c.

(1) Auf Antrag des Genehmigungswerbers hat die Behörde bei Ansuchen,

1. deren Unterlagen von **hierzu befugten** Planern gemäß Abs. 2 Z 1 bis 4 erstellt wurden und
2. die Nachweise zur Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen und zum Bestehen einer Haftpflichtversicherung **der Planer gemäß Abs. 3, sowie**
3. **eine Bestätigung der Planer, wonach sie vom Genehmigungswerber auch mit der Überwachung der gesetzeskonformen Ausführung und Erstellung der Unterlagen für die Fertigstellungsanzeige beauftragt sind, enthalten,**

ihre Prüfung darauf zu beschränken, ob die vorgelegten Unterlagen im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 45 Abs. 2 AVG) insoweit als vollständig zu erachten sind, dass sie die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen bestätigen und die dazu erforderlichen Vorkehrungen beinhalten (Grobprüfung). Ergibt die Grobprüfung, dass die Unterlagen vollständig sind, hat die Behörde diese als Grundlage für ihre Sachverhaltsfeststellungen heranziehen.

(2) Planer im Sinne dieser Bestimmung sind:

1. Baumeister,
2. **berufsrechtlich befugte** gerichtlich beeidete Sachverständige,
3. Ingenieurbüros (beratende Ingenieure)
4. Ziviltechniker.

(3) Die Haftpflichtversicherung im Sinne des Abs. 1 Z 2 zur Deckung der aus allfälligen Planungs- oder Überwachungsfehlern gegen die Planer entstehenden Schadenersatzansprüche muss bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer abgeschlossen sein, hat eine Mindestversicherungssumme 400 000 € pro Versicherungsfall zu beinhalten und darf weder einen Ausschluss noch eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung des Versicherers enthalten.

(4) Ergibt die Grobprüfung, dass die Unterlagen vollständig sind, hat die Behörde das Projekt mit dem Hinweis bekanntzugeben, dass die Projektunterlagen innerhalb eines von der Behörde festzulegenden, drei Wochen nicht überschreitenden Zeitraumes bei der Behörde zur Einsichtnahme aufliegen und innerhalb dieses Zeitraumes Einwendungen erhoben werden können. Für diese Bekanntgabe ist § 356 Abs. 1 sinngemäß anzuwenden. Gleichzeitig mit

gleicher Fristsetzung sind zur Wahrung ihrer Parteienrechte die Gemeinde, das wasserwirtschaftliche Planungsorgan, die Arbeitsinspektion sowie im Fall des § 355 Abs. 2 die Sicherheitsbehörde zu verständigen.

Ansuchen, welche die Anforderungen gemäß Abs. 1 Z 1 bis 3 nicht erfüllen oder sich als nicht vollständig erweisen, sind ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen.

*(5) Sofern von Parteien innerhalb der gesetzten Frist begründete Einwendungen gegen die Vollständigkeit der Einreichunterlagen erhoben werden, hat die Behörde eine vertiefte Prüfung anzuordnen. Werden begründete Einwendungen nicht erhoben **oder erweisen sich diese als nicht gerechtfertigt**, so hat die Behörde das Ansuchen, **erforderlichenfalls unter Vorschreibung ergänzender Auflagen, zu genehmigen; andernfalls ist das Ansuchen dem ordentlichen Genehmigungsverfahren zu unterziehen.***

Nach Fertigstellung ist der Behörde eine von den Planern unterfertigte Bestätigung der genehmigungskonformen Realisierung vorzulegen. Nach Einlangen dieser Bestätigung bei der Behörde ist die Aufnahme des Betriebs zulässig.

(6) Grobprüfungen von Planunterlagen gemäß Abs. 1 entfalten keine Schutzwirkung und begründen keine Haftungen der prüfenden Organe zugunsten der Verfahrensparteien, der Planer oder sonstiger Dritter.

(7) Abs. 1 bis 4 sind auf gewerbliche Betriebsanlagen, die den in der Anlage 3 (IPPC-Anlagen) oder der Anlage 5 (Stoffliste zum Abschnitt 8a) dieses Bundesgesetzes beschriebenen Definitionen entsprechen, nicht anzuwenden. Dies gilt nicht für Verfahren nach § 81a Z 2 und Z 3.“

3. Erläuterungen

Allgemeiner Teil

Hauptgesichtspunkte des Entwurfs:

Aktuell besteht in der Vollzugspraxis vielfach das Problem, dass – einerseits durch knappe Personalressourcen im Sachverständigendienst, andererseits durch den gesteigerten zeitlichen Prüfaufwand vor dem Hintergrund drohender Haftungsansprüche – die beschränkte zeitliche Verfügbarkeit der Amtssachverständigen (ASV) und die Zeitdauer der Gutachtenserstellung die Abwicklung von Anlagenverfahren verzögern. Eine Verbesserung der Situation kann durch eine qualifizierte Planungsregelung erreicht werden. Sofern der Antragsteller Einreichunterlagen vorlegt, die von einem Planer erstellt wurden, soll sich die Behörde zunächst auf eine Prüfung **dahingehend** beschränken, ob die **Genehmigungsvoraussetzungen vollumfänglich nachgewiesen** wurden. **Legt der Antragsteller eine entsprechende Nachweisführung vor, ist seitens der Behörde und**

ihrer Sachverständigen in der Regel keine unmittelbare Beweisaufnahme durch eigene Erhebungen durchzuführen, sondern sind die vorgelegten Unterlagen lediglich einer Grobprüfung zu unterziehen. Nur wenn in weiterer Folge von den Parteien Einwendungen gegen die Richtigkeit der Einreichunterlagen erhoben werden, hätten die Behörden eine entsprechende vertiefte Prüfung anzuordnen.

Kompetenzgrundlage:

Der vorliegende Entwurf stützt sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG (Angelegenheiten des Gewerbes und der

Industrie) und auf Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG (Arbeitsrecht, soweit es nicht unter Art. 11 fällt).

Besonderer Teil

Zu Artikel 1:

Zu Z 1 und 2 (§ 353c und § 376 Z 73):

Damit wird die behördliche Prüfung insoweit entlastet, als unter bestimmten strengen Voraussetzungen von der Behörde die Genehmigungsunterlagen **nur mehr dahingehend zu überprüfen sind, ob die Genehmigungsvoraussetzungen vollumfänglich nachgewiesen** wurden. Voraussetzung ist, dass die Unterlagen von im Gesetz genannten, **berufsrechtlich befugten** Planern erstellt werden, die auch eine Haftpflichtversicherung für Planungs- und **Überwachungsfehler** nachweisen und ausdrücklich die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen testieren müssen. **Das Erfordernis der berufsrechtlichen Befugnis, das schon in Abs 1 normiert wird, wird in Abs 2 Z 2 bei den gerichtlich beeideten Sachverständigen nochmals gesondert angeführt. Dieser (strenggenommen redundante) Hinweis dient der Klarstellung, dass den gerichtlich beeideten Sachverständigen – anders als den drei anderen genannten Personengruppen: Baumeister, technische Ingenieurbüros, Ziviltechniker – nicht schon aufgrund ihrer beruflichen Stellung auch die Befugnis zu Planungsleistungen zukommt; Gerichtssachverständige werden auf die fachgerechte Erstellung von Befund und Gutachten in gerichtlichen Beweisverfahren vereidigt. Für Planungsleistungen darf es einer gesonderten Befugnis nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen. Die gesonderte Anführung der Gerichtssachverständigen bezieht sich der Sache nach insbesondere auf Umwelt- und Arbeitsmediziner:innen, die als Ärzte über die erforderliche berufsrechtliche Befugnis zur Beratung bei Planungsleistungen verfügen.**

Entscheidend ist der Zustand, in welchem das Ansuchen bei der Behörde einlangt. Eine Verbesserung oder Ergänzung gemäß § 13 Abs. 3 AVG, um den für die Anwendbarkeit des § 353c GewO 1994 erforderlichen Zustand eines Ansuchens herzustellen, ist nicht vorgesehen. Erfüllt das Ansuchen nicht die Voraussetzungen nicht, so ist § 353c nicht anzuwenden und nach den allgemeinen Verfahrensvorschriften vorzugehen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist – insbesondere bezogen auf Art 11 Abs 2 B-VG und die Judikatur des VfGH (E vom E vom 03.12.2024, G 10/2024-16, G 44/2024) – darauf hinzuweisen, dass durch die vorgeschlagene Fassung des § 353c (im Unterschied zur vormaligen – vom VfGH mit E v 02.10.2013, G 118/2012 aufgehobenen – Regelung des § 31a EisenbahnG) keine Richtigkeitsvermutung der vorgelegten Unterlagen der Planer statuiert, der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht eingeschränkt und der Prüfmaßstab der Vollständigkeit (und Schlüssigkeit) nicht bloß formal im Sinne von Widerspruchsfreiheit, sondern als inhaltliche Prüfung verstanden wird, ob die

Nachweisführung alle Genehmigungsvoraussetzungen abdeckt; diese müssen durch die vorgelegten Unterlagen vollumfänglich bestätigt werden.

Die Regelung findet nur auf Antrag des Genehmigungswerbers Anwendung. Verfehlt er bereit im Rahmen der Grobprüfung die Anforderungen, ist sein Ansuchen zurückzuweisen. Erweisen sich die Einwendungen der Parteien als berechtigt, ist sein Ansuchen dem ordentlichen Bewilligungsverfahren zu unterziehen. Über diese Rechtsfolgen kann der Antragsteller nicht disponieren und damit kein taktisches „Verfahrensshopping“ betreiben.

In Abs 1 Z 3 wird iVm Abs 5 angeordnet, dass auch die die Fertigstellungsprüfung von jenen Planern vorzunehmen ist, welche die Nachweise der Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen ausgestellt haben. Dies dient zum einen der Effizienz, weil die Planer über die beste Kenntnis ihrer eigenen Planungen verfügen und es daher nahe liegt, dass sie die plan- und gesetzeskonforme Ausführung überwachen. Zum zweiten soll – im Sinne der angestrebten Entlastung der Sachverständigendienste – die Aufgabe der Kontrolle der gesetzeskonformen Ausführung nicht erst recht wieder auf die Amtssachverständigen überwältigt werden.

Schließlich regelt Abs. 7, dass diese Verfahrensvorschrift nicht für IPPC- oder Seveso-Anlagen anzuwenden ist (**ausgenommen die angeführten Änderungsverfahren**). Bestehende Parteien wie Grundeigentümer, Nachbarn und auch Formalparteien (wie zB die Arbeitsinspektion) bleiben aber auch dann beteiligt, **wenn die Einreichunterlagen der Grobprüfung Stand halten**. Auch dann können noch entsprechende Einwendungen erhoben werden - und nur wenn auch nach Parteienbeteiligung keine Einwendungen bestehen, ist unmittelbar der Bescheid auf Basis der Genehmigungsunterlagen zu erlassen.

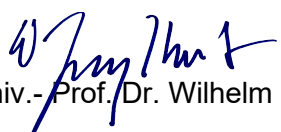
Abs. 6 stellt sicher, dass nach der Durchführung eines Planungsverfahrens die Behörde auch nur jene Verantwortung trifft, welche sie nach dieser Gesetzesvorschrift zu tragen hat. Stellen sich im Nachhinein etwa Planungsmängel heraus, so kann dies zwar Anlass für ein Sanierungsverfahren gemäß § 79 GewO 1994 sein, der Behörde und den Sachverständigen kann aber nicht vom Betriebsinhaber vorgeworfen werden, dass die Behörde und die Sachverständigen versteckte Mängel in den vom Betriebsinhaber vorgelegten und vom Planer entsprechend testierten Unterlagen nicht erkannt haben.

Gleiches gilt auch für den Fall, dass versteckte Planungsmängel Ursache für Ansprüche Dritter sind. Die entsprechende Verantwortung dafür trifft den Betriebsinhaber und den Planer; aus diesem Grund ist im Antrag auch eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung des Planers nachzuweisen.

Die Vorgaben zur Haftpflichtversicherung orientieren sich an § 2a des Sachverständigen- und Dolmetschergesetzes (SDG) formuliert; wesentlich ist insbesondere, dass die Nachhaftung nicht begrenzt oder ausgeschlossen werden darf.

Die Haftungsregelung des Abs 6 nimmt Anleihe bei § 3 Abs 1 letzter Satz Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz – FMABG („Die FMA sowie deren Bedienstete und Organe haften dem Geschädigten nicht“).

Wien, 16.02.2026


RA Univ.- Prof. Dr. Wilhelm Bergthaler