

ZVVB

[Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis]

- | | | |
|-----------------------|------------|---|
| Beiträge | 325 | Kalkulierbarkeit von Bauleistungen gemäß Bundesvergabegesetz – Teil 1
Thomas Kurz |
| | 330 | Berührungspunkte von Gewerberecht und Vergaberecht – Teil 2
Bernhard Kall und Matthias Wohlgemuth |
| | 339 | Scheinbietergemeinschaft und Scheingeschäft
Georg Zellhofer |
| Leitsatzkartei | 339 | Nr 118 – 130 |
| Rechtsprechung | 341 | BVA – Variantenangebote |
| | 344 | BVA – Keine Antragslegitimation bei Vorliegen eines auszuscheidenden, tatsächlich aber nicht ausgeschiedenen Angebots |
| | 349 | dBGH: Vorliegen einer „echten Chance“ auf den Zuschlag |

Dezember 2008

12

MANZ 

Herausgeber

Josef Aicher
Michael Holoubek
Karl Korinek
Johannes Schramm
Bernt Elsner
Michael Fruhmann

Redaktion und Schriftleitung

Johannes Schramm
Josef Aicher

ISSN 1680-6492

Berührungspunkte von Gewerberecht und Vergaberecht

Teil 2 – Ausgewählte Fragen

ZVB 2008/87

§§ 19, 76, 108
BVerfG;
§ 32 GewO

Nach einem Überblick zum Gewerberecht in Verbindung mit dem Vergaberecht bereitet der zweite Teil die Thematik anhand ausgewählter Fragen auf.

Von **Bernhard Kall** und **Matthias Wohlgemuth**

Befugnis;
Substitution der
Befugnis;
Grundsätze des
Vergaberechts;
General-
unternehmer;
Mehrfach-
nennung;
Subunternehmer;
Gewerbeordnung;
Nebenrechte

Inhaltsübersicht:

- A. Schnittstelle von Vergabe- und Gewerberecht
- B. Grundfragen der Befugnis
 - 1. Die ruhende Gewerbeberechtigung
 - 2. Die befristete Gewerbeberechtigung
 - 3. Befugnis und Leistungserbringung
- C. Umfang der konkret erforderlichen Befugnis
 - 1. Festlegungen durch den Auftraggeber
 - 2. Fehlerhafte Festlegungen durch den Auftraggeber
 - 3. Rechtsprechung zum Befugnisumfang
 - 4. Anregung
- D. Fragen zum Befugnisnachweis
 - 1. Befugnisnachweis durch Zweigniederlassungen
 - 2. Befugnisnachweis im Konzernverbund
 - 3. Befugnisnachweis bei Bietergemeinschaften

- 4. Befugnisnachweis durch Subunternehmer
 - a) Zulässigkeit der „Substitution der Befugnis“ durch Subunternehmer
 - b) Generalunternehmerrecht als Voraussetzung
 - c) Der nicht befugte Subunternehmer
 - d) Mehrfachnennung von Subunternehmern
 - e) Nachnennung von Subunternehmern
- E. Gewerberechtliche Nebenrechte
 - 1. Kriterien für die Geringfügigkeit einer Nebenleistung
 - a) Keine einheitliche Literatur
 - b) Keine einheitliche Rechtsprechung
 - c) Zwischenergebnis
 - 2. Starre Prozentgrenze?
 - 3. Ermittlung des Werts der Nebenleistung
 - 4. Ergebnis

A. Schnittstelle von Vergabe- und Gewerberecht

Bei der Vergabe öff Aufträge kommt dem Gewerberecht zunehmend praktische Bedeutung zu, da Nachprüfungsbehörden im Zug der vergaberechtlichen Prüfung auch über gewerberechtliche Fragen entscheiden müssen. Neben Grundfragen stehen dabei regelmäßig die Fragen des für einen Auftrag konkret erforderlichen Befugnisumfangs und des Befugnisnachweises sowie die gewerberechtlichen Nebenrechte im Zentrum des Interesses.

B. Grundfragen der Befugnis

Den Grundsätzen des Vergaberechts folgend, dürfen Aufträge „nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer vergeben werden. Diese Eigenschaften müssen spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegen. Angebote von Bieter, bei denen die Befugnis, die Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit (Eignung) nicht gegeben ist, sind zwingend auszuschneiden.“⁴¹ Das „Ausscheiden eines Bieters wegen mangelnder Befugnis [ist] in jeder Phase des Vergabeverfahrens wahrzunehmen.“⁴²

An der Befugnis kann es – wie im Nachfolgenden gezeigt werden soll – dem Bieter in vielerlei Hinsicht mangeln:

1. Die ruhende Gewerbeberechtigung

Bis vor Kurzem war die vergaberechtliche Literatur einhellig der Meinung, eine ruhende Gewerbeberechtigung³ wäre für den Befugnisnachweis nicht ausreichend und müsste zum Ausscheiden des Bieters führen. Argumentiert wurde dies mit einem Wettbewerbsvorteil des Unternehmens, dem aufgrund ruhender Gewerbeberechtigung kein oder ein geringerer Aufwand gegenüber seinen Konkurrenten mit aufrechter Gewerbeberechtigung entstünde.⁴ Im Übrigen wurde das Erfordernis einer aufrechten Gewerbeberechtigung zur Angebotslegung – auf den ersten Blick durchaus einleuchtend – schlicht behauptet.⁵

Der VKS Wien hat entgegen der bisherigen Literaturmeinung in einer neueren Entscheidung⁶ nunmehr ausgesprochen, dass „das *Ruhen einer Gewerbeberechtigung für sich alleine nicht geeignet [ist], das Ausscheiden bzw den Ausschluss eines Bieters vom Vergabeverfahren zu begründen. Dies deshalb, weil ein Ruhen der Gewerbeberechtigung an sich nur bedeutet, dass eine Befugnis, die ordnungsgemäß erworben wurde, temporär nicht ausgeübt wird.*“ Wie der VKS Wien weiter richtig ausführt, hat ein Bieter mit ruhender Gewerbeberechtigung alle Voraussetzungen, die zur Erteilung einer Befugnis geführt haben, erfüllt. Ein Argument, dass diese Sichtweise unterstützt, ist auch in den einschlägigen gesetzlichen Regelungen zu finden, wonach eine Gewerbeausübung ohne vorherige Anzeige der Wiederaufnahme eben keine unbefugte Gewerbeausübung darstellt.⁷ Da der Bieter mit einer ruhenden Gewerbeberechtigung rein formal betrachtet über die erforderliche Befugnis verfügt, kann der Entscheidung des VKS Wien aus gewerberechtllicher Sicht gefolgt werden.

Auch wenn die ruhende Gewerbeberechtigung nach dieser Entscheidung alleine nicht ausreicht, um die Eignung eines Bieters zu verneinen, wird man sich als AG in solchen Fällen in weiterer Folge Gedanken über die Frage der Zuverlässigkeit und der Leistungsfähigkeit des Bieters machen müssen. Die Gewerbeausübung trotz Ruhendmeldung ohne entsprechende Aufklärung durch den Bieter wird wohl zur mangelnden Zuverlässigkeit des Bieters führen.⁸ Bei einem länger dauernden Ruhen der Gewerbeberechtigung ist jedenfalls die Leistungsfähigkeit des Bieters zu prüfen und das Angebot bei negativem Prüfungsergebnis auszuschneiden.

2. Die befristete Gewerbeberechtigung

Die Prüfung der Befugnis durch den AG dient der Sicherstellung der Berechtigung zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung über den gesamten Vertragszeitraum. Verfügt ein Bieter zwar zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung über die für die konkrete Leistung erforderliche Gewerbeberechtigung, ist diese aber dertart befristet, dass sie nicht den gesamten Leistungszeitraum abdeckt, ist der Bieter auszuschneiden.⁹

3. Befugnis und Leistungserbringung

Der Bieter muss selbst über die erforderliche Befugnis verfügen. Die Überwachung der Arbeiten anderer (nicht befugter) Unternehmen im Rahmen der Leistungserbringung ist ebenso wie die Überwachung der Arbeiten des eigenen Personals durch einen (befugten) Subunternehmer nicht ausreichend. Der befugte Unternehmer hat die Verantwortung für die Ausführung durch eine selbständige Ausführung des Auftrag(steil)s zu übernehmen.¹⁰ Das gewerberechtliche Generalunternehmerrecht sieht nämlich die Übertragung des Leistungsteils und nicht die bloße Übertragung der Leistungsüberwachung vor.

Nicht ausreichend ist weiters, wenn lediglich ein Bediensteter des Bieters über einen zur Auftragsausführung grundsätzlich ausreichenden Befähigungsnachweis verfügt, da zur Ausübung eines Gewerbes als selbständiger Gewerbetreibender das Auftreten unter eigenem Namen und auf eigene Rechnung gehört.¹¹

C. Umfang der konkret erforderlichen Befugnis

Welche Befugnis konkret zur Angebotslegung erforderlich ist, bestimmt sich aus der ausgeschriebenen Leistung. „Maßstab ist das objektive Vorliegen der Berufsausübungsbefugnis, die zur Erbringung der Leistung

1) Zum Begriff „Ruhende Gewerbeberechtigung“ s BVA 16. 12. 2003, F-18/00–68.

2) Zum Begriff „Ruhende Gewerbeberechtigung“ s BVA 7. 4. 2005, 06N-04/05–31.

3) Zum Begriff „Ruhende Gewerbeberechtigung“ s *Wiesinger*, ZVB 2008/79 Teil 1 B.7.a.).

4) Vgl *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht² (2005) 291.

5) Vgl *wN* bei *Oppel* in ZVB 2008, 191.

6) VKS-Wien 10. 1. 2008, VKS-8615/07; *Oppel* in ZVB 2008, 190f.

7) Vgl *Wiesinger*, ZVB 2008/79 Teil 1 B.7.a.).

8) Vgl BVA 12. 11. 2001, N-91/01–31; ZVB 2002, 7.

9) Vgl BVA 13. 2. 2003, 02N-48/02–17.

10) Vgl BVA 28. 4. 2003, 17N-26/03–15.

11) Vgl BVA 22. 12. 2004, 17N-125/04–27.

nach den einschlägigen Vorschriften erforderlich ist. Der Umfang dieser Leistungen ist aus der Beschreibung der Leistung in den Ausschreibungsunterlagen erkennbar.¹²⁾ „Aus der Ausschreibung muss jedenfalls für den ‚durchschnittlich fachkundigen Bieter‘ – zumindest schlüssig – ersichtlich sein, welche Befugnisse für die Erbringung der gesamten durch die Ausschreibung umfassten Leistung erforderlich sind.“¹³⁾

1. Festlegungen durch den Auftraggeber

Das BVergG enthält keine Bestimmung, die es dem AG erlaubt, den Umfang der konkret erforderlichen Befugnis festzulegen. Es spricht von der Möglichkeit, vom Unternehmer Nachweise darüber zu verlangen, dass die berufliche Befugnis gegeben ist. Diese Nachweise dürfen nur soweit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist.¹⁴⁾ Dabei darf die Forderung nach dem Vorliegen einer (Gewerbe-)Berechtigung im Hinblick auf die zu vergebende Leistung von einem redlichen Erklärungsempfänger nicht infrage gestellt oder als überschießend betrachtet werden.¹⁵⁾

Der AG hat in der Bekanntmachung anzugeben, welcher Nachweis oder welche Nachweise für die Befugnis vorzulegen sind. Tut er dies nicht bereits in der Bekanntmachung, dann ist er dazu verpflichtet, die als erforderlich erachteten Nachweise zur Befugnis in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen.¹⁶⁾

2. Fehlerhafte Festlegungen durch den Auftraggeber

Durch die Unterscheidung von Befugnis und Befugnisnachweis kann es bei den Festlegungen des AG dazu kommen, dass sich der aus dem Leistungsumfang hervorgehende Umfang der erforderlichen Befugnis und die geforderten Nachweise nicht decken.

Der geforderte Befugnisnachweis kann für den Leistungsgegenstand nicht ausreichend sein, was dazu führen würde, dass ein Bieter im Vergabeverfahren erfolgreich sein könnte, obwohl er nach den einschlägigen Vorschriften nicht befugt wäre, die Leistung zu erbringen.

Der geforderte Befugnisnachweis kann weiters „überschießend“ in dem Sinn sein, dass die Leistung auch mit einem „Weniger“ an Befugnis erbracht werden darf.

Schließlich kann ein Befugnisnachweis gefordert sein, der mit dem Leistungsgegenstand in keinem sachlichen Zusammenhang steht.

In allen Fällen stellt sich die Frage nach der weiteren Behandlung dieser fehlerhaften Festlegung im Vergabeverfahren. Nach allgemeiner Auffassung werden Fehler in Ausschreibungsunterlagen bestandsfest und können von den Bietern nicht mehr beansprucht werden, wenn eine fristgerechte Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen unterblieben ist. Dies soll nach stRsp des BVA selbst dann der Fall sein, wenn Bestimmungen in Ausschreibungsunterlagen „*allenfalls unzumutbar oder gar vergaberechtswidrig sein sollten*“.¹⁷⁾ Die bereits zitierte Entscheidung des BVA 06N-4/05-31, wonach das „*Ausscheiden eines Bieters wegen mangelnder Befugnis in jeder Phase des Vergabeverfahrens wahrzunehmen*“

ist, weil „*der Abschluss eines Leistungsvertrages mit einem unbefugten Bieter den Grundsätzen des § 21 Abs 1 BVergG [2002] widerspricht*“, liefert aber ein gutes Argument dafür, dass fehlerhafte Festlegungen zur Befugnis in der Ausschreibung zumindest dann nicht präkludieren, wenn sie dazu führen, dass ein Leistungsvertrag mit einem unbefugten Bieter abgeschlossen werden würde.

Die gegenständliche Entscheidung unterscheidet allerdings nicht zwischen der durch den Leistungsgegenstand bedingten erforderlichen Befugnis und den vom AG geforderten Befugnisnachweisen. Die „mangelnde Befugnis“ im Sinn dieser und anderer einschlägiger Entscheidungen von Vergabekontrollbehörden ist daher nicht auf ein Fehlen der zur Erbringung der Leistung nach den einschlägigen Vorschriften erforderlichen Berufsausübungsbefugnis, sondern vielmehr auf den fehlenden – vom AG geforderten – Befugnisnachweis und daher richtiger auf einen „mangelhaften Befugnisnachweis“ zurückzuführen.

3. Rechtsprechung zum Befugnisumfang

Die Rsp knüpft in Fragen des Befugnisumfangs regelmäßig an den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen an und unterscheidet nicht zwischen Befugnis und Befugnisnachweis. Dies führt zum unbefriedigenden Ergebnis, dass Vergabekontrollbehörden in Streitfällen durch Interpretation den Umfang der erforderlichen Befugnis anhand der in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Befugnisnachweise ex post feststellen, wobei, wie nachfolgende Beispiele zeigen, formalistisch auf die – mitunter nicht in Kenntnis dieser Bedeutung gewählten – Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen abgestellt wird:

In der Entscheidung 07N-31/05-52 hat das BVA festgehalten, dass „*durch die Verknüpfung der beiden Gewerbeberechtigungen durch das Wort ‚und‘ die Auftraggeberin ausdrücklich bekannt gegeben [hat], dass sie [...] kumulativ beide Gewerbeberechtigungen verlangt. Den Ausschreibungsunterlagen ist kein Anhaltspunkt zu entnehmen, dass die genannten Gewerbeberechtigungen nur beispielhaft oder alternativ genannt worden wären. Das Vorhandensein beider Gewerbeberechtigungen ist somit zwingend vorgeschrieben.*“

In der bereits erwähnten Entscheidung 06N-04/05-31 hatte das BVA folgende Festlegung des AG in den Teilnahmeunterlagen zu beurteilen: Vom AG wurden ausdrücklich Berechtigungsnachweise für die „*Sammlung und Behandlung von Abfällen [...] gemäß den gültigen Rechtsvorschriften, insbesondere des österreichischen Abfallwirtschaftsgesetzes*“ verlangt. Aufgrund einer Wortinterpretation (arg: „insbesondere“) kommt das BVA zum Schluss, es sei „*klar ersichtlich, dass neben einer erforderlichen Berechtigung nach den abfallrechtlichen Bestimmungen – sofern gesetzlich geregelt – jedenfalls auch eine berufsrechtliche Berechtigung erfor-*

12) BVA 6. 10. 2004, 17N-81/04-34.

13) Schramm ua, Kommentar zum BVergG 2002 § 66 Rz 43.

14) Vgl § 70 BVergG 2006; vgl BVA 25. 10. 2006, N-132/01-35.

15) Vgl BVA 8. 2. 2008, N/0008-BVA/06/2008-29.

16) Vgl § 46 Abs 3 und § 80 Abs 2 BVergG 2006.

17) Zuletzt BVA 21. 5. 2008, N/0044-BVA/09/2008-24 mwN.

derlich“ ist. Da der Bieter über keine Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe Sammeln und Behandeln von Abfällen verfügte, war er laut BVA auszuscheiden.

In diesem Sinn auch der UVS Kärnten in einer vor gewerberechtlichem Hintergrund abzulehnenden Entscheidung:¹⁸⁾ „In den Ausschreibungsunterlagen ist darüber hinaus unter der Rubrik ‚Gewerbebezeichnung‘ neben ‚Baumeisterarbeiten und Rohrverlegung‘ ausdrücklich ‚Installationsarbeiten‘ genannt, was nunmehr nur so verstanden werden kann, dass [der Auftraggeber] für die Durchführung der Installationsarbeiten das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung für das Installationsgewerbe ausdrücklich gefordert hat.“

Zur Entscheidung ist erläuternd anzumerken, dass die Formulierung „Installationsarbeiten“ nur am Deckblatt der Ausschreibung erwähnt war, das Installationsgewerbe kann aber schwerlich von einem Bieter nachgewiesen werden, weil es in Österreich nicht existiert.¹⁹⁾

Auf den Einwand der Antragstellerin (ASt), dass es sich um Arbeiten handeln würde, die gem § 32 Abs 1 Z 1 GewO²⁰⁾ in ihren Berechtigungsumfang fielen, stellte der UVS Kärnten weiter lediglich fest, „[...] dass in den Ausschreibungsunterlagen [...] ausdrücklich das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung für das Installationsgewerbe gefordert ist [...], weshalb es auch nicht von Bedeutung ist, ob es sich bei den gegenständlichen Arbeiten um unwesentliche Teile des Auftrages handelt [...]“

4. Anregung

Im Ergebnis muss in Fragen des Befugnisumfangs klar zwischen Befugnis und Befugnisnachweis unterschieden werden. Das Recht des AG, Befugnisnachweise zu fordern, geht nicht so weit, dass sich AG bestimmte Befugnisse für die zu erbringende Leistung wünschen dürfen. Welche Befugnis konkret zur Angebotslegung erforderlich ist, ergibt sich aus der ausgeschriebenen Leistung; ausschließlich anhand des Gewerberechts und nicht durch eine Interpretation der Ausschreibungsbedingungen ist dann zu beurteilen, welche Befugnis für die ausgeschriebene Leistung erforderlich ist.

D. Fragen zum Befugnisnachweis

Nach dem bisher Ausgeführten ist als einfachste Grundkonstellation diejenige anzusehen, bei der der Bieter selbst über die erforderlich(en) Gewerbe- oder sonstige(n) Berechtigung(en) verfügt, die sowohl zeitlich als auch sachlich die gesamte ausgeschriebene Leistung „abdecken“. In der Praxis treten aber regelmäßig von dieser Grundkonstellation abweichende Sachverhalte auf.

1. Befugnisnachweis durch Zweigniederlassungen

Der Bieter kann sich zum Nachweis der Befugnis auch auf die Befugnis einer seiner Zweigniederlassungen berufen.²¹⁾ Die Zweigniederlassung ist gesellschaftsrechtlich eine organisatorische Untereinheit des Gesamtunternehmens ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Da im rechtsgeschäftlichen Verkehr nur die juristische Person

– also das Gesamtunternehmen – auftritt, ist gewerberechtlich die Befugnis einer Zweigniederlassung (weiteren Betriebsstätte) dem Gesamtunternehmen zuzurechnen. Die Beschäftigung einer Zweigniederlassung durch die andere Zweigniederlassung als Subunternehmerin, etwa um die erforderliche Befugnis nachzuweisen, ist somit weder notwendig noch rechtlich möglich.

2. Befugnisnachweis im Konzernverbund

Will sich ein Unternehmen zum Nachweis der Befugnis auf die Mittel eines verbundenen Unternehmens berufen, so ist die bloße Tatsache der Konzernverbundenheit zunächst nicht ausreichend. Es ist gesicherte Rsp,²²⁾ dass man zwar zum Nachweis der Leistungsfähigkeit, nicht jedoch zum Nachweis der Befugnis verbundene Unternehmen heranziehen kann. „Während der Bieter auf technisches Material und Personal eines verbundenen Unternehmens zugreifen kann und hierdurch eigene mangelnde technische Leistungsfähigkeit erfolgreich zu kompensieren vermag, ist dies für die Befugnis nicht möglich [...], da diese Befugnis ein Recht darstellt, das nicht übertragbar ist.“²³⁾ Die Befugnis eines Konzernunternehmens kann daher die Befugnis eines anderen nicht „automatisch“ ersetzen.²⁴⁾ Anders als beim oben dargestellten Fall der Zweigniederlassung handelt es sich bei Konzernunternehmen um juristische Personen. Es bleibt aber auch Konzernunternehmen unbenommen, die Befugnis im Rahmen einer der im Folgenden dargestellten Kooperationsformen nachzuweisen.²⁵⁾

3. Befugnisnachweis bei Bietergemeinschaften

Das BVergG 2006 normiert in „Reaktion auf das Erkenntnis des VfGH 21. 6. 2004, B531/02–8“²⁶⁾ in § 70 Abs 5, dass im Fall von sog „homogenen Leistungen“ (der Leistungsgegenstand umfasst ausschließlich Leistungen, für die dieselbe Befugnis erforderlich ist) alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft die erforderliche Befugnis nachzuweisen haben. Handelt es sich um eine „heterogene Leistung“ (eine Gesamtleistung erfordert unterschiedliche Befugnisse in verschiedenen Fachrichtungen), dann reicht es aus, dass jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachweist.²⁷⁾

Die vergaberechtliche Regelung zeigt, dass eine „Substituierbarkeit der Befugnis“ im Fall homogener Leistungen ausgeschlossen und im Fall heterogener Leistungen auf solche Konstellationen beschränkt ist, in denen jedes Mitglied der Bietergemeinschaft über zu-

18) UVS Kärnten 10. 3. 2008, KUVS-152/14/2008.

19) Bis 2002 „Gewerbe der Gas- und Wasserleitungsinstallateure“, seither „Gas- und Sanitärtechnik“.

20) Zu den Nebenrechten s unten E.

21) UVS Oberösterreich, VwSen-550232/10/Kü/Hu; RPA 2006/1, 49.

22) Vgl C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*; C-5/97, *Ballast Nedam Groep II*; C-176/98, *Holst Italia*.

23) VfGH B531/02.

24) Vgl BVA 2. 4. 2002, N-10/02–8.

25) Zusammenhanglos und ohne weitere Begründung dagegen Schramm ua, Kommentar zum BVergG 2002 § 66 Rz 43: „Konzernverbundene Unternehmen sind nicht als Subunternehmer im Sinne von Dritten zu qualifizieren.“

26) Erl zu § 70; s auch BVA 25. 10. 2006, N-132/01–35.

27) Zu den damit verbundenen Inkonsequenzen s *Wiesinger*, ZVB 2008/79 Teil 1 B.7.c.).

mindest eine einschlägige Befugnis verfügt. Verfügt ein Mitglied der Bietergemeinschaft über gar keine einschlägige Befugnis, kann diese auch nicht durch die aufrechte Befugnis eines anderen Mitglieds der Bietergemeinschaft „substituiert“ werden.²⁸⁾

4. Befugnisnachweis durch Subunternehmer

a) Zulässigkeit der „Substitution der Befugnis“ durch Subunternehmer

Betrachtet man die Regelungen des BVergG in §§ 76 und 233, so stellt sich zunächst die grundsätzliche Frage, ob es außerhalb des Sektorenbereichs überhaupt zulässig ist, die Befugnis durch den Verweis auf die Mittel eines Subunternehmers zu „substituieren“. Während § 233 im Sektorenbereich ausdrücklich auch vom Nachweis der Befugnis spricht, ist in der Parallelregelung im „klassischen“ Bereich (§ 76) lediglich vom Nachweis der Leistungsfähigkeit die Rede.

Stärkstes Argument, um diesbezügliche Zweifel zu verwerfen, ist das gewerberechtliche Generalunternehmerrecht nach § 32 Abs 1 Z 9 GewO (zu den Nebenrechten im Detail weiter unten). Wie bereits in Teil 1 dargestellt, ist das BVergG in Fragen der Befugnis stets in Verbindung mit der GewO zu lesen. Die neueren Entscheidungen im Schnittpunkt von Vergaberecht und Gewerberecht gehen wie selbstverständlich davon aus, dass es einem Unternehmer in den Grenzen des Gewerberechts möglich ist, die Befugnis durch die Heranziehung von Subunternehmern zu „substituieren“.²⁹⁾

b) Generalunternehmerrecht als Voraussetzung

Die – soweit ersichtlich – deutlichste Aussage des BVA³⁰⁾ auf Basis alter Rechtslage zeigt, dass man im Fall der „Substitution der Befugnis“ durch Subunternehmer zwei grundlegend verschiedene Fallkonstellationen unterscheiden muss:

Ein Generalunternehmer kann im Rahmen seines Generalunternehmerrechts mangelnde Befugnis „substituieren“, dh für konkrete Leistungsteile befugte Subunternehmer namhaft machen und so insgesamt die erforderliche Befugnis nachweisen. Um mithilfe von Subunternehmern erfolgreich die Eignung nachzuweisen, muss der Generalunternehmer daher gewerberechtlich zumindest über die Befugnis für jenen Teil der Arbeiten verfügen, den er selbst ausführt.³¹⁾ Weiters muss er im Rahmen seines gewerberechtlichen Generalunternehmerrechts alle Teile der Leistung, zu deren Erbringung er selbst nicht befugt ist, an befugte Subunternehmer weitergeben.³²⁾

Im Unterschied zu diesem ersten Fall ist dem Bieter ein Befugnisnachweis über Subunternehmer dann nicht möglich, wenn er gewerberechtlich überhaupt nicht befugt ist, Teile der Leistung weiterzugeben, er also kein Generalunternehmer sein kann. Ein Befugnisnachweis gleichsam nur über befugte Subunternehmer ist daher nicht möglich (ähnlich dem Fall, dass ein Mitglied der Bietergemeinschaft über gar keine einschlägige Befugnis verfügt).

c) Der nicht befugte Subunternehmer

Verfolgt man einen formalistischen Ansatz, so kann man zum Ergebnis kommen, dass das Angebot jeden-

falls auszuschneiden ist, wenn ein für seinen Leistungsteil nicht befugter Subunternehmer namhaft gemacht wird. Ein Argument dafür liefert § 83 BVergG, der die Weitergabe von Leistungsteilen nur an befugte Subunternehmer zulässt.

Diese Meinung wird auch von der Rsp vertreten. In N/0084-BVA/05/2007 – 27 hatte das BVA einen Fall mit folgendem Sachverhalt zu entscheiden: Ein Bieter hatte nach eigener Darstellung in der mündlichen Verhandlung „zur Abdeckung von allfälligen Leistungsspitzen bei Diskontinuitäten in der Leistungserbringung“, die dadurch entstehen könnten, dass „die Nutzer der verfahrensgegenständlich zu bearbeitenden Gebäudeteile möglicherweise zu bestimmten Zeiten eine Leistungserbringung nicht ermöglichen würde[n] und daher zu Zeiten, wo eine Leistungserbringung ermöglicht werde, verstärkte Anstrengungen zur Leistungserfüllung zu tätigen wären“, drei Subunternehmer für verschiedene Leistungsteile namhaft gemacht. Einer der drei Subunternehmer konnte seine Befugnis nicht nachweisen. Obwohl der Bieter selbst zur Leistungserbringung befugt war und auch die Argumentationslinie verfolgte, dass ihm nunmehr der Auftrag ohne den Subunternehmer zu erteilen wäre, hält das BVA klar fest: „Einem Angebot, das für Teile der Leistungserbringung einen Subunternehmer, der die erforderliche Befugnis nicht besitzt, vorsieht, darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Eine darauf lautende Zuschlagsentscheidung ist für nichtig zu erklären.“ Denn „[...] einem Angebot kann [...] in einem offenen Verfahren nur als Ganzes, aber nicht eingeschränkt hinsichtlich einzelner Teile der Zuschlag erteilt werden“.

Die Argumentation ist nicht überzeugend. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass § 83 BVergG von einer Bekanntgabe der Teile des Auftrags spricht, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Weg von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt.³³⁾ Abgesehen davon, dass kein Raum für Leistungen bleiben würde, die nur möglicherweise an Subunternehmer vergeben werden sollen, ist der Bieter dem Gesetzeswortlaut zufolge nicht dazu gezwungen, die Leistung an den betreffenden Subunternehmer weiterzugeben. Es besteht dann aber vergaberechtlich auch kein Grund, das Angebot wegen mangelnder Befugnis oder nicht erfolgtem Befugnisnachweis auszuschneiden, wenn der Bieter selbst befugt ist, die Leistung zu erbringen.

Weiters hängt die Beurteilung der Frage auch davon ab, ob es sich beim Subunternehmer um einen erforderlichen³⁴⁾ Subunternehmer handelt oder nicht. Es ist nicht ersichtlich, warum der Zuschlag an den befugten und leistungsfähigen Bieter im Fall des Verzichts auf einen nicht erforderlichen Subunternehmer ein hin-

28) Vgl BVA 31. 10. 2007, N/0088-BVA/10/2007 – 037; verkürzend dazu *Heid*, Befugnis kann nicht substituiert werden, Österreichische Bauzeitung 11/08, 20.

29) Vgl *Schramm* ua, Kommentar zum BVergG 2002 § 52 Rz 16.

30) BVA 24. 10. 1997, N-28/97 – 13: „Subunternehmer können sogar mangelnde Befugnisse für einzelne Leistungsteile kompensieren, solange die Hauptleistung von der Befugnis des Bieters selbst abgedeckt wird.“

31) Die Weitergabe des gesamten Auftrags verbietet ihm § 83 BVergG.

32) Vgl *Schramm* ua, Kommentar zum BVergG 2002 § 66 Rz 42.

33) Vgl *Schramm* ua, Kommentar § 70 Rz 31.

34) Zum Begriff „erforderlich“ s D.4.d.).

sichtlich einzelner Teile eingeschränkter Zuschlag sein sollte.

Bei einem – wie im gegenständlichen Fall – nicht erforderlichen nicht befugten Subunternehmer besteht bei wirtschaftlicher Betrachtung kein Grund, den befugten und leistungsfähigen Bieter auszuschneiden. Im Ergebnis führt eine rein formale Betrachtung des Befugnisnachweises zu einer Ungleichbehandlung der Bieter.

d) Mehrfachnennung von Subunternehmern

Die Frage des Ausscheidens von Angeboten mit nicht befugten Subunternehmern hat auch Auswirkungen auf einen Sonderfall, nämlich auf die vergaberechtlich ausdrücklich zulässige³⁵⁾ Mehrfachnennung von Subunternehmern. Auch hier wäre das Angebot nach derzeit hM und Rsp dann auszuschneiden, wenn auch nur einer der genannten Subunternehmer nicht befugt ist bzw seine Befugnis nicht nachweisen kann.

Demgegenüber steht einmal mehr die wirtschaftliche Betrachtung, die dazu führen würde, dass das Angebot eines Generalunternehmers auch bei einem nicht befugten Subunternehmer dann nicht auszuschneiden ist, wenn zumindest einer der für den betroffenen Leistungsteil genannten Subunternehmer seine Befugnis zur Leistungserbringung nachweisen kann.

e) Nachnennung von Subunternehmern

Bei einem Subunternehmer, auf den sich der Bieter zum Nachweis seiner Befugnis stützt, handelt es sich vergaberechtlich um einen so genannten „erforderlichen“ Subunternehmer. Um dem AG die Prüfung der erforderlichen Befugnisnachweise zu ermöglichen, ist dieser Subunternehmer bereits im Angebot anzugeben.³⁶⁾ „*War der Bieter verpflichtet, (bereits) im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden [...] und ist der Bieter dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so hatte die diesbezügliche Unvollständigkeit des Angebotes schon aus diesem Grund zu dessen Ausscheiden [...] zu führen. Bei diesem Mangel des Angebotes handelt es sich auch nicht um einen behebbaren.*“³⁷⁾

Beim Bieter ist daher besondere Vorsicht für den Fall geboten, dass er sich eines Subunternehmers bedient, um die erforderliche Befugnis nachweisen zu können. Aufgrund der Tatsache, dass die Befugnis im offenen Verfahren spätestens im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss, ist die Nachnennung eines erforderlichen Subunternehmers als unzulässige Angebotsänderung zu qualifizieren.³⁸⁾

Weiters besteht das Risiko, dass an der Befugnis des genannten Subunternehmers im Zug der Angebotsprüfung Zweifel auftauchen und das Angebot bei mangelhaftem Befugnisnachweis auszuschneiden ist.³⁹⁾

E. Gewerberechtliche Nebenrechte

In der Praxis führt die Frage, ob und welche Leistungen ein Gewerbetreibender erbringen darf, die von seiner bestehenden Gewerbeberechtigung nicht umfasst sind, zu Diskussionen. In diesem Zusammenhang spielt das gem § 32 Abs 1 Z 1 GewO bestehende Nebenrecht, wonach Gewerbetreibende berechtigt sind, in geringem

Umfang Leistungen anderer Gewerke zu erbringen, wenn diese Leistungen die eigenen gewerblichen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, eine zentrale Rolle.

Vor allem die Frage, was unter einer Leistung in geringem Umfang zu verstehen ist, lässt viel Interpretationsspielraum zu. Dementsprechend gibt es weder eine einheitliche Lehre noch eine einheitliche Rsp zur Frage, was die maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Geringfügigkeit sind und wie im Ergebnis der Wert der Nebenleistung ermittelt werden muss.

1. Kriterien für die Geringfügigkeit einer Nebenleistung

a) Keine einheitliche Literatur

Der Hintergrund für das Nebenrecht, geringfügige Leistungen anderer Gewerke durchführen zu dürfen, liegt darin, dass es Gewerbetreibenden ermöglicht werden soll, flexibel auf Kundenwünsche zu reagieren.⁴⁰⁾ Der Gesetzgeber wünschte sich eine konsumentenfreundliche Sichtweise, damit der Konsument sich nicht an eine Vielzahl von Professionisten wenden muss, wenn es nicht wirklich notwendig ist.⁴¹⁾ *Hanusch*⁴²⁾ geht davon aus, dass einem Gewerbetreibenden die Möglichkeit gegeben sein muss, einem Konsumenten dann zu helfen, wenn sich der Konsument in der Wahl des Professionisten geirrt hat und der gerufene Professionist die Leistung doch im Rahmen seines Leistungsspektrums mit erbringen darf; es steht nach seiner Ansicht daher vor allem das Wohl des Konsumenten im Vordergrund. Wesentlich ist, dass die geringfügigen Leistungen im Rahmen einer Gesamtleistung erbracht werden, wobei das Vertragsverhältnis auf die Erbringung einer Gesamtleistung abzielen muss. Die Gesamtleistung muss somit eine Hauptleistung, für die der Gewerbetreibende eine Gewerbeberechtigung besitzt und eine geringfügige Nebenleistung, für die der Gewerbetreibende keine Gewerbeberechtigung besitzt, umfassen. Eine reine Nebenleistung, für die ein Gewerbetreibender keine Gewerbeberechtigung besitzt, kann nicht alleiniger Gegenstand eines solchen Vertrags sein.⁴³⁾

Konkrete Kriterien, was die maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Geringfügigkeit iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO sind und wie der Wert der Nebenleistung zu ermitteln ist, finden sich in der Literatur nur vereinzelt. *Kinscher*⁴⁴⁾ geht davon aus, dass der geringe Umfang entsprechend dem Ausmaß der Wertschöpfung, der Höhe des Ertrags, der Kosten und des Aufwands an Arbeitskräften und Arbeitszeit zu bewerten ist. *Grab-*

35) Vgl § 108 Abs 1 Z 2 BVergG 2006.

36) Vgl *Schramm* ua, Kommentar zum BVergG 2002 § 52 Rz 17.

37) BVA 6. 10. 2004, 17N-81/04–34.

38) Vgl VKS Wien 10. 5. 2007, VKS-2479/07; BVA 19. 2. 2004, 12N-12/04–5 mwN.

39) Vgl BVA 23. 10. 2007, N/0084-BVA/05/2007–27.

40) Siehe ErläutRV zur GewONov 1997, 644 BlgNR 20. GP 33.

41) So heben die ErläutRV zur GewONov 2002, 1117 BlgNR 21. GP, hervor, es sei va aus der Sicht des Nachfragers der Gesamtleistung abzuleiten, was eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung der eigenen Leistung eines Gewerbetreibenden sei.

42) *Hanusch*, Kommentar zur Gewerbeordnung I § 32 Rz 4.

43) EB zur GewONov 2002, 1117 BlgNR 21. GP.

44) *Kinscher/Pallege-Barfuß*, GewO mit Verordnungen, Nebengesetzen und EU-Recht⁷ GewO § 32, 4.

ler/Stolzlechner/Wendl⁴⁵⁾ sprechen sich, unter Heranziehung der Rsp des VwGH⁴⁶⁾ zur wirtschaftlichen Unterordnung bei landwirtschaftlichen Nebengewerben, bei der Auslegung der Geringfügigkeit dafür aus, dass der Begriff „geringer Umfang“ durch eine vergleichende Gegenüberstellung der „eigenen Leistung“ und der „ergänzenden Leistung“, für die keine Gewerbeberechtigung besteht, auszulegen ist. Wie Kinscher gehen auch Grabler/Stolzlechner/Wendl in der Folge davon aus, dass das Ausmaß der Wertschöpfung, die Höhe des Ertrags, die Kosten und der Aufwand an Arbeitskräften und Arbeitszeit entsprechend zu berücksichtigen sind. Zur Frage, ab welchem Ausmaß eine geringfügige Leistung vorliegt, findet sich in Literatur lediglich die Meinung von Wallner/Donninger/Gottschamel⁴⁷⁾ die davon ausgehen, dass eine geringfügige Leistung bei einem Ausmaß von 3 – 10% vorliegt. Dem gegenüber erachtet Hanusch⁴⁸⁾ eine prozentuelle Abgrenzung zwischen Haupttätigkeit und den Nebentätigkeiten für nicht sinnvoll, wobei er seine Ansicht nicht näher begründet.

Wie dieser kurze Literaturüberblick zeigt, besteht derzeit keine einheitliche Literatur zu den maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Geringfügigkeit.

b) Keine einheitliche Rechtsprechung

Wie in der Literatur hat sich auch in der Rsp bisher keine klare Linie zur Frage, wann eine geringfügige Nebenleistung vorliegt, entwickelt. Das BVA⁴⁹⁾ hat zur Frage, wann eine geringfügige Leistung vorliegt, zuletzt wie folgt Stellung genommen: Ausgeschrieben war eine Tunnelsanierung, wobei vom Leistungsumfang unter anderem auch die Neuerrichtung einer Tunnellüftungsanlage umfasst war, für die aus gewerberechtlicher Sicht die Gewerbeberechtigung für Lüftungstechnik erforderlich ist. Fraglich war, ob die Neuerrichtung der Tunnellüftungsanlage, die nur eine von vielen Teilleistungen des Auftrags darstellte, eine geringfügige Leistung iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO darstellt oder nicht. Konkret betrug der wertmäßige Anteil der Tunnellüftungsanlage an der gesamten ausgeschriebenen elektrotechnischen und maschinellen Anlage 7,52%. Das BVA kam in dieser Entscheidung zu dem Ergebnis, dass bei einem solchen Anteil nicht mehr von einer geringfügigen Leistung iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO gesprochen werden kann, sodass ein Unternehmer entweder die entsprechende Gewerbeberechtigung benötigt oder einen Subunternehmer namhaft machen muss, anderenfalls sein Angebot auszuschneiden ist.

Das BVA hat seine Entscheidung unter anderem damit begründet, dass es aufgrund der Lebenserfahrung offenkundig ist, dass bei der Durchführung nicht fachgerechter Maßnahmen an einer Tunnellüftungsanlage Gefahr für Leib und Leben einer größeren Anzahl von Personen bestehen kann. Gerade wenn aber Gefahr für Leib und Leben einer größeren Anzahl von Personen bestehen kann, kann es nach Ansicht des BVA nicht im Sinn des Gesetzes sein, die einschlägigen Rechtsvorschriften für die Frage des Umfangs der Gewerbeberechtigung weit zu interpretieren, sondern ist vielmehr eine enge Interpretation mit dem Ziel der Qualitätssicherung vorzunehmen. Das BVA verknüpft somit in dieser Entscheidung die Frage, wann eine Leistung als geringfügig iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO zu quali-

fizieren ist, mit der bei der Durchführung der zu erbringenden Nebenleistungen allenfalls bestehenden Gefahr für Leib und Leben.

Gegen dieses vom BVA bei der Ermittlung der Geringfügigkeit herangezogene Kriterium spricht § 32 Abs 2 GewO, wonach sich ein Gewerbetreibender – soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist – entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen hat. Die vom BVA herangezogene Gefahr für Leib und Leben ist daher für die Beurteilung der Geringfügigkeit kein taugliches Kriterium, da die Gefährlichkeit einer Nebenleistung nicht automatisch dazu führt, dass eine Nebenleistung nicht erbracht werden darf, sondern der Gewerbetreibende dafür sorgen muss, dass entsprechend ausgebildete und erfahrene Fachkräfte eingesetzt werden.

Gegen das vom BVA herangezogene Kriterium spricht auch das Vergaberecht, da die Frage der Gefährlichkeit einer Leistung im Vergaberecht eine Frage der technischen Leistungsfähigkeit und nicht eine Frage der Befugnis ist. Wenn eine gefährliche Leistung zu erbringen ist, kann der AG gem § 75 BVergG Nachweise wie entsprechende Referenzen, Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers oder Angaben über die technischen Fachkräfte verlangen. Vor dem Hintergrund, dass das Vergaberecht mit dem Gewerbe recht verknüpft ist, ist die Frage der Gefährlichkeit auch aus diesem Grund bei der Beurteilung der Geringfügigkeit nicht zu berücksichtigen.

In einer anderen Entscheidung ist das BVA⁵⁰⁾ bei der Frage der Beurteilung der Geringfügigkeit ausschließlich vom Umfang der zu erbringenden Nebenleistung ausgegangen, wobei es nicht das prozentmäßige Verhältnis von Hauptleistung und Nebenleistung der Entscheidung zugrunde gelegt hat. Konkret lag dieser Entscheidung folgender Sachverhalt zugrunde: Ausgeschrieben war die Lieferung von Weiß-, Schwarz- und Kunststoffgeschirr, Gläsern (und Glaswaren) sowie Besteck. Weiters waren die Bieter verpflichtet, die Artikel auf der von der AG bereitgestellten e-shop-Plattform darzustellen. Der gegenständliche Auftrag umfasste daher neben dem reinen Lieferauftrag auch die Erstellung eines elektronischen Katalogs. Bei der Erstellung eines elektronischen Katalogsystems handelt es sich nach Ansicht des BVA um Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik iSd § 154 GewO. Die vermeintliche Bestbieterin verfügte nicht über diese Gewerbeberechtigung, sondern nur über die Berechtigung zur Ausübung des Handelsgewerbes. Fraglich war daher unter anderem, ob die Erstellung eines elektronischen Katalogsystems eine geringfügige Nebenleistung iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO darstellt. Das BVA ist in dieser Entscheidung zu dem Ergebnis gekommen, dass bei der erforderlichen Dienstleistung ca

45) Grabler/Stolzlechner/Wendl, Gewerbeordnung Kommentar² § 32 Rz 6.

46) VwGH 26. 2. 1991, 90/04/0147.

47) Wallner/Donninger/Gottschamel, Das neue Gewerbe recht (1998) 99.

48) Hanusch, Kommentar zur Gewerbeordnung I § 32 Rz 4.

49) BVA 3. 10. 2007, N/077-BVA/13/2007–40.

50) BVA 21. 6. 2005, 04N-16/05–45.

290.000 verschiedene Artikel zu katalogisieren sind, wobei unter anderem für jeden Artikel zahlreiche Daten in Datenfelder, wie der Name, der Preis, die Lieferanten, die technische Beschreibung und allenfalls die erforderliche Beschreibung, sowie vorhandene Bilder bzw. Gruppenbilder einzufügen sind. Mit der Erstellung eines derartigen elektronischen Katalogs ist nach den getroffenen Feststellungen eine mindestens 3-wöchige intensive Arbeit verbunden, sodass nach Ansicht des BVA nicht von einer geringfügigen Leistung iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO auszugehen ist.

Das BVA hat in dieser Entscheidung entgegen der Entscheidung „Tunnellüftungsanlage“ den Wert der Nebenleistung (Erstellung eines elektronischen Katalogs) nicht dem Gesamtauftragswert gegenübergestellt und entsprechend dem prozentmäßigen Anteil über die Frage der Geringfügigkeit entschieden, sondern die Frage der Geringfügigkeit ausschließlich nach dem Umfang der Nebenleistungen beurteilt. Aus der Entscheidung geht weiters nicht hervor, in welchem Wertverhältnis der Lieferauftrag zur Erstellung des elektronischen Katalogs gestanden ist. Inwieweit das BVA diese Frage mit berücksichtigt hat, bleibt offen. Es kann aber allein aufgrund des Umfangs einer Nebenleistung – ohne das wertmäßige Verhältnis zwischen Haupt- und Nebenleistung zu kennen – nicht über die Frage der Geringfügigkeit entschieden werden. Denn eine noch so umfangreiche Nebenleistung kann bei einer entsprechend umfangreichen Hauptleistung wiederum eine nur geringfügige Leistung darstellen. Das Verhältnis zwischen dem Wert der Haupt- und Nebenleistung ist daher ein unumstößliches Kriterium bei der Beurteilung der Geringfügigkeit.

In einer weiteren Entscheidung musste der VKS Wien⁵¹⁾ darüber entscheiden, ob Bodenmarkierungsarbeiten, die Bestandteil eines Bauauftrags (konkret Durchführung von Straßenbauarbeiten) waren, als geringfügige Nebenleistungen iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO zu qualifizieren sind. Nach Ansicht des VKS Wien handelte es sich bei den ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten deshalb nicht um geringfügige Nebenleistungen, da in der Ausschreibung diesbezüglich eine eigene Obergruppe gebildet wurde und dazu in den Ausschreibungsunterlagen umfangreiche Ausführungsbestimmungen wie Einsatz bestimmter Geräte und Maschinen, speziell geschulter Arbeiter, Einhaltung von Sicherheitsvorschriften usw. enthalten waren. Auch in dieser Entscheidung wird für die Beurteilung der Geringfügigkeit somit auf Kriterien zurückgegriffen, die für die Frage der Befugnis nicht von Relevanz sind, da es sich beim Einsatz von Geräten und Maschinen, speziell geschulten Arbeitern udgl um Anforderungen an den Unternehmer handelt, für die er – sofern in den Ausschreibungsbedingungen gefordert – entsprechende Nachweise im Rahmen seiner technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen hat. Weiters ist der VKS Wien auch nicht näher auf das Verhältnis zwischen Haupt- und Nebenleistung eingegangen, was aber – wie bereits ausgeführt – ein zentrales Kriterium für die Frage der Geringfügigkeit einer Nebenleistung ist.

c) Zwischenergebnis

Kinscher⁵²⁾ folgend ist die Geringfügigkeit der Leistung entsprechend dem Ausmaß der Kosten und des Auf-

wands an Arbeitskräften und Arbeitszeit zu bewerten. Die Ermittlung der Kosten, die mit der Erbringung der Nebenleistung verbunden sind, reicht aber nicht aus, um die Frage, wann eine Leistung geringfügig ist oder nicht, zu beantworten. Vielmehr kann die Ermittlung der Geringfügigkeit einer Nebenleistung nur – wie Grabler/Stolzlechner/Wendl⁵³⁾ richtig ausführen – durch den verhältnismäßigen Vergleich zwischen dem Wert der Hauptleistung und dem Wert der Nebenleistung erfolgen. Dieser Vergleich ist ein zentrales Kriterium für die Ermittlung der Geringfügigkeit. Entgegen der Entscheidung des BVA und des VKS Wien kann anhand des Umfangs einer Nebenleistung nicht objektiv beurteilt werden, ob eine Nebenleistung geringfügig ist oder nicht. Weiters sind Kriterien wie Gefährlichkeit, spezifisches Know-how, bestimmte maschinelle oder personelle Ausstattung udgl für die Frage der Geringfügigkeit nicht von Relevanz, da man im Gewerberecht für die Berücksichtigung derartiger Umstände keine Anhaltspunkte findet und darüber hinaus derartige Umstände vom AG im Rahmen der Ausschreibung aufgegriffen werden können; der AG kann zum Beispiel entsprechende Nachweise in Zusammenhang mit der technischen Leitungsfähigkeit fordern.

2. Starre Prozentgrenze?

Entscheidendes Kriterium für die Frage, wann eine geringfügige Leistung vorliegt, ist entgegen der Meinung von Hanusch,⁵⁴⁾ das Ergebnis des verhältnismäßigen Vergleichs zwischen dem Wert der Hauptleistung und dem Wert der Nebenleistung. Weder in der Literatur noch in der Rsp hat sich aber bisher eine klare Linie zu der Frage entwickelt, ab welcher Prozentgrenze eine geringfügige Nebenleistung vorliegt. In der Literatur wird lediglich von Wallner/Donninger/Gottschamel⁵⁵⁾ die Ansicht vertreten, dass eine geringfügige Leistung bei einem Ausmaß von 3 – 10% vorliegt. In der Judikatur gibt es bisher nur die oben angeführte Entscheidung des BVA, in der eine Nebenleistung mit 7,52% nicht mehr als geringfügig qualifiziert wurde. Zu hinterfragen ist, ob mit dieser Entscheidung nunmehr eine starre Prozentgrenze von 7,52% gilt? Gegen eine starre Grenze spricht, dass die jeweilige Prozentgrenze immer in Zusammenhang mit der jeweiligen Gesamtauftragssumme gesehen werden muss. Je höher die Auftragssumme ist, desto niedriger muss die maximal zulässige Prozentgrenze der Nebenleistung sein. Bei einem Auftrag von € 400.000,- ist eine Nebenleistung in der Höhe von 10% jedenfalls noch als geringfügige Nebenleistung zu qualifizieren. Hingegen wird man bei einem Auftrag von 30 Mio Euro wohl nicht mehr sagen können, dass

51) VKS Wien 10. 5. 2007, VKS-2479/07; zu berücksichtigen ist allerdings, dass im konkreten Fall der AG die Befugnis für die Bodenmarkierungsarbeiten explizit in der Ausschreibung gefordert hat und der VKS Wien daher davon ausgegangen ist, dass der Bieter ungeachtet der Frage der Geringfügigkeit der Leistung ohnehin nicht über die notwendige Befugnis verfügt.

52) Kinscher/Pallege-Barfuß, GewO⁷ § 32, 4.

53) Grabler/Stolzlechner/Wendl, Gewerbeordnung Kommentar² § 32 Rz 6.

54) Hanusch, Kommentar zur Gewerbeordnung § 32 Rz 4, der davon ausgeht, dass eine prozentuelle Abgrenzung zwischen Haupttätigkeit und den Nebentätigkeiten nicht sinnvoll ist.

55) Wallner/Donninger/Gottschamel, Das neue Gewerberecht (1998) 99.

eine Nebenleistung im Wert von 3 Mio Euro eine geringfügige Nebenleistung darstellt. Allein aus diesem Grund ist es nicht möglich, eine starre Grenze zu ziehen, ab wann eine Nebenleistung als geringfügig zu qualifizieren ist. Man kann daher aufgrund der Tunnellüftungsentscheidung des BVA nicht davon ausgehen, dass Nebenleistungen unter 7,52% generell als geringfügige Nebenleistung iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO zu qualifizieren sind. Ein bewegliches System innerhalb der 3–10% ist jedenfalls notwendig, da starre Grenzen zu nicht gerechtfertigten Ergebnissen führen könnten. Im Ergebnis ist die Frage der Geringfügigkeit daher je nach konkretem Einzelfall zu beurteilen. Vor dem Hintergrund, dass gem § 32 Abs 2 GewO bei der Ausübung der Nebenrechte der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebs erhalten bleiben müssen, erscheint die Maximalgrenze von 10% durchaus gerechtfertigt, da man davon ausgehen kann, dass bei einer Nebentätigkeit in diesem Ausmaß der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebs jedenfalls erhalten bleiben.

3. Ermittlung des Werts der Nebenleistung

Eine weitere wesentliche Rolle für die Frage, ab welcher Grenze eine geringfügige Nebenleistung vorliegt, kommt auch der Art und Weise zu, wie man den Wert der Nebenleistung ermittelt. Das BVA hat sich in der „Tunnellüftungsentscheidung“ trotz entsprechendem Vorbringen der ASt nicht weiter im Detail mit der Frage auseinandergesetzt, wie der Wert der geringfügigen Leistung ermittelt werden muss. Die ASt hat argumentiert, dass der Zukauf der Anlage vom Nebenrecht der ASt gem § 32 Abs 1 Z 10 GewO umfasst sei. § 32 Abs 1 Z 10 GewO sieht ausdrücklich vor, dass Gewerbetreibende Waren zurücknehmen, kaufen, verkaufen, vermieten und vermitteln können, soweit diese Tätigkeit nicht Gegenstand eines reglementierten Gewerbes ist. Wie im konkreten Fall enthalten Nebenleistungen in sehr vielen Fällen neben den Montageleistungen

auch reine Lieferleistungen. Nicht eindeutig geklärt ist, ob auch die reinen Lieferleistungen bei der Berechnung des Werts der Nebenleistung berücksichtigt werden müssen. Wie bereits *Wiesinger* in Teil 1 dieses Beitrags klargestellt hat, ist bürgerlich-rechtlich gesprochen der abzuschließende Vertrag ein Werkvertrag. Gemäß § 1151 ABGB verpflichtet sich der Werkunternehmer bei Abschluss eines Werkvertrags zur Herstellung eines bestimmten Erfolgs. Um im Rahmen eines Werkvertrags den gewünschten Erfolg zu erreichen, müssen sowohl Liefer- als auch zB Montageleistungen erbracht werden; alleine mit Lieferleistungen kann der geschuldete Erfolg im Rahmen eines Werkvertrags nicht erreicht werden, da in diesem Fall kein Werkvertrag, sondern ein Kaufvertrag vorliegen würde. Die geschuldete Leistung ist daher als eine Einheit zu beurteilen, was auch aus gewerberechtlicher Sicht dazu führt, dass die Nebenleistung nicht in eine Liefer- und eine Montageleistung aufgeteilt werden darf. Für die Frage der Ermittlung des Werts der Nebenleistung ist daher der Wert der gesamten Nebenleistung heranzuziehen.

4. Ergebnis

Entscheidendes Kriterium für die Ermittlung der Geringfügigkeit einer Nebenleistung ist der verhältnismäßige Vergleich zwischen dem Wert der Hauptleistung und dem Wert der Nebenleistung. Kriterien wie Sicherheit, technische und personelle Ausstattung udgl sind bei der Beurteilung, ob eine geringfügige Nebenleistung vorliegt, nicht zu berücksichtigen. Ab welcher Prozentgrenze eine geringfügige Leistung vorliegt, kann nicht mit einer allgemein gültigen Grenze beantwortet werden. Eine Spanne von 3–10% ist durchaus sinnvoll. Ob zB 7% als geringfügige Nebenleistung zu qualifizieren sind, hängt im Ergebnis vom jeweiligen Einzelfall und insb vom Auftragswert ab, wobei bei der Ermittlung des Werts der Nebenleistung der Wert der gesamten Nebenleistung heranzuziehen ist.

→ In Kürze

Welche Befugnis konkret zur Angebotslegung erforderlich ist, bestimmt sich aus der ausgeschriebenen Leistung. Das BVergG enthält keine Bestimmung, die es dem AG erlaubt, den Umfang der konkret erforderlichen Befugnis festzulegen. Einem Unternehmer ist es in den Grenzen des Gewerberechts möglich, die Befugnis durch die Heranziehung von Subunternehmern zu „substituieren“. Entscheidendes Kriterium für die Ermittlung der Geringfügigkeit einer Nebenleistung ist der verhältnismäßige Vergleich zwischen dem Wert der Hauptleistung und dem Wert der Nebenleistung. Ab welcher Prozentgrenze eine geringfügige Leistung vorliegt, kann nicht mit einer allgemein gültigen Grenze beantwortet werden.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Bernhard Kall ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Willheim Müller Rechtsanwälte in Wien. Kontaktadresse: Willheim Müller Rechtsanwälte, Naglergasse 2, A-1010 Wien
E-Mail: b.kall@wmlaw.at
Internet: www.wmlaw.at

Mag. Matthias Wohlgemuth ist Referent der Geschäftsstelle Bau der Wirtschaftskammer Österreich. Kontaktadresse: Schaumburggasse 20/8, A-1040 Wien
E-Mail: wohlgemuth@bau.or.at
Internet: www.bau.or.at

Von Matthias Wohlgemuth erschienen:

Wohlgemuth, Die vergaberechtliche Preisangemessenheit von Bauleistung, in Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (FS 30 Jahre ÖGEBAU); *Wiesinger/Wohlgemuth*, ÖNORMen im Leistungsvertrag, ZVB 12/2006; *Mayr/Rosenberger/Wohlgemuth*, Qualitätskontrolle bei der Eignungsprüfung im Zusammenhang mit der Vergabe von Bauleistungen, ZVB 10/2006.

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100, Fax: (01) 531 61-455,

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at