

Befugnis, Gewerbe und Befähigung

B [bauforum.at/bauzeitung/befugnis-gewerbe-und-befaehigung-52110](https://www.bauforum.at/bauzeitung/befugnis-gewerbe-und-befaehigung-52110)

Dieser Bieter beantragte fristgerecht die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung. Dieser wurde von der Vergabekontrollbehörde abgewiesen. Die Vergabekontrollbehörde begründete dies im Wesentlichen damit, dass die gewerberechtlichen Nebenrechte bei reglementierten Gewerben nicht ausgeübt werden dürfen.

Gegen diesen abweisenden Bescheid erhob der Bieter in der Folge eine Bescheidbeschwerde an den VwGH. Dieser behob den abweisenden Bescheid und begründete dies insbesondere wie nachstehend dargestellt: Im Beschwerdefall ist die Auffassung der belangten Behörde, die vorliegend strittigen Leistungen können ausgehend von ihrem Anteil an der Angebotssumme (weniger als 1 %) als Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang im Sinne des § 32 Abs 1 Z 1 GewO angesehen werden, nicht als rechtswidrig zu erkennen. Es ist auch unstrittig, dass die strittigen Leistungen die eigenen Leistungen des Beschwerdeführers iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Jedoch erweist sich die Auffassung der belangten Behörde, das Nebenrecht des § 32 Abs 1 Z 1 GewO komme bei Tätigkeiten, die einem reglementierten Gewerbe vorbehalten seien, nicht zum Tragen, vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung als nicht zutreffend.

Auch die Auffassung der belangten Behörde, wonach gemäß § 32 Abs 2 GewO die herangezogene Fachkraft selbst bereits die erforderliche Befugnis (und nicht bloß die entsprechende Befähigung) aufweisen muss, ist aus folgenden Erwägungen unzutreffend: Wie der VwGH bereits ausgeführt hat, liegt es bei der Ausübung der Nebenrechte nach § 32 Abs 1 GewO in der Verantwortung des Gewerbetreibenden, durch die Heranziehung entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte die in dieser Bestimmung angeführte Sicherheit (unter anderem für Leib und Leben von Betroffenen) zu gewährleisten. Es handelt sich also bei dieser Bestimmung – wie schon ihr Wortlaut zeigt („Bei der Ausübung der Rechte“) – um keine Vorschrift über die Gewerbeberechtigung und somit die Befugnis, sondern um eine Vorschrift über die Ausübung des Gewerbes. Auch die Strafbestimmung des § 367 Z 33 GewO zeigt, dass der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang davon ausgeht, dass der Gewerbeinhaber in der Regel als Fachkräfte Arbeitnehmer beschäftigt, die die „erforderliche Eignung“ besitzen und schon begrifflich nicht eine eigene Gewerbeberechtigung und Befugnis aufweisen.

Praxistipp: Bieter sind gut beraten, das geforderte Leistungsbild und die erforderliche Befugnis bei der Angebotserstellung genau zu prüfen. Für den Fall, dass geringfügige Leistungen, die die eigenen Leistungen sinnvoll ergänzen, anzubieten sind, ist insbesondere der Umfang der Nebenleistungen beachtlich. Der bisherigen Rsp des VwGH zum Umfang dieser Nebenrechte ist kein exakter Prozentsatz zu entnehmen, jedoch ist berechtigterweise davon auszugehen, dass ein Umfang von rund 10% der Gesamtangebotssumme zulässig scheint.

Für den Fall, dass die geforderten Nebenleistungen zu umfangreich sind, hat sich der Unternehmer bereits mit seinem Angebot bzw. seinem Teilnahmeantrag auf die entsprechende Befugnis anderer Unternehmer (Subunternehmer) zu stützen. Ungeachtet dessen hat sich der Unternehmer bei der Erbringung der Leistungen jedenfalls entsprechender Fachkräfte zu bedienen.

Mag. Matthias Trauner
Rechtsanwalt
Heid Schiefer Rechtsanwälte OG