

Substitution der Befugnis bei Subaufträgen – was ist zulässig?

Die regelmäßig auftretende Frage nach der notwendigen Gewerbeberechtigung eines Subunternehmers kann klar beantwortet werden: Auch Subunternehmer benötigen eine – ihre Tätigkeiten deckende – Gewerbeberechtigung. Die sogenannte „Substitution der Befugnis“ stellt dabei eine rechtliche Besonderheit dar.

TEXT: THOMAS MANDL, GESCHÄFTSSTELLE BAU

Die arbeitsteilige Wirtschaft und die fortschreitende Spezialisierung fördern das Phänomen des Subunternehmers am Bau. So ist es mittlerweile gängige Praxis, dass (Bau-)Unternehmer – aus z. B. gewerberechtigten, organisatorischen, wirtschaftlichen oder technischen Gründen – zur Erfüllung ihrer geschuldeten Leistung andere (Bau-)Unternehmer als Subunternehmer einsetzen. Auch sind „Kettensubverträge“ üblich, bei denen die Subunternehmer ihrerseits Teile der von ihnen geschuldeten Leistung an weitere Sub(sub)unternehmer weitergeben, was den ersten Subunternehmer gleichzeitig zum Subauftragnehmer und -geber macht. Zivilrechtlicher Wesenskern des Subunternehmervertrags ist, dass der Subunternehmer lediglich mit seinem jeweiligen Auftraggeber (also den in der Kette „vor ihm“ befindlichen Unternehmer), nicht aber mit dem Bauherrn selbst in einer vertraglichen Rechtsbeziehung steht. Er ist in dieser Funktion selbständiger Erfüllungsgehilfe seines Auftraggebers (z. B. des Generalunternehmers), was haftungsrechtlich bedeutet, dass der Generalunternehmer für ein Verschulden seiner Subunternehmer haftbar ist.

Gewerbeberechtigung und -umfang

Grundsätzlich ist für die Frage nach dem Gewerbeumfang eines (Sub-)Unternehmers die allgemeine Regelung des § 29 GewO maßgeblich, wonach primär der Wortlaut der Gewerbebeantragung (oder des Bescheids) im Zusammenhang mit den einschlägigen Rechtsvorschriften heranzuziehen ist. Bestehen diesbezüglich Zweifel, sind subsidiär die den einzelnen Gewer-



Getty Images / Photo_Concepts

ben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen, die historische Entwicklung und die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Gewerbeberechtigungsmaßes maßgebend. Diese Bestimmung gilt für alle Unternehmer iSd GewO, also all jene, die ihre Tätigkeiten selbständig, regelmäßig und in Ertragsabsicht (= für Dritte am Markt anbieten) ausüben – somit auch für den Subunternehmer. Ein (Bau-)Unternehmer kann freilich – wie bereits oben be-

schrieben – im Rahmen einer Auftragskette sowohl Subunternehmer als auch Auftraggeber sein. Auch für diese Fälle braucht er für jene Leistungsteile, die er selber erbringen möchte (oder vertragsrechtlich muss), eine entsprechende Gewerbeberechtigung.

„Substitution der Befugnis“

Grundsätzlich sind bei Subunternehmerverträgen hinsichtlich gewerberechtigter Fragestellungen drei Fälle zu unterscheiden:

- Im ersten Fall verfügen sowohl der Auftraggeber (z. B. der Generalunter-

Auch wenn ein Generalunternehmer über alle erforderlichen Gewerbeberechtigungen für einen Auftrag verfügt, muss der Subunternehmer für seinen Auftragsteil gewerberechtlich befugt sein. Grundsätzlich sind bei Subunternehmerverträgen hinsichtlich gewerberechtigter Fragestellungen drei Fälle zu unterscheiden.

gewerbetreibender, eingeschränkt auf Erdbau) ebenfalls berechtigt ist. Die Weitergabe eines Teils der Leistung (wie hier den Aushub der Baugrube) durch den Generalunternehmer an den – für sich alleine schon befugten – Subunternehmer im Rahmen eines Subunternehmervertrags (= Werkvertrag), zieht keine weiteren gewerberechtigten Fragen nach sich.

- Im zweiten denkbaren Fall verfügt zwar der Generalunternehmer – so wie im ersten Fall – selbst über alle notwendigen Gewerbeberechtigungen zur Auftragsbefugnis, nicht aber sein Subunternehmer. Schließt also der Baumeister als Generalunternehmer für den Aushub der Baugrube einen Werkvertrag mit einem Erdbewerber, fehlt es diesem – da er lediglich statisch nicht relevante Erdarbeiten bis zu einer Tiefe von 1,25 Metern ausführen darf – an der Gewerbeberechtigung für diesen Teil des Gesamtauftrags. Folglich darf der Subunternehmer (Erdbewerber) die Tätigkeit nicht erbringen, auch wenn der Generalunternehmer (Baumeister) über eine ausreichende Gewerbeberechtigung für die durch den Subunternehmer zu erbringende Tätigkeit verfügt. Mit anderen Worten: Die Gewerbeberechtigung des Generalunternehmers erweitert nicht die Gewerbeberechtigung des Subunternehmers. Aus vergaberechtlicher Sicht ist diese Konstellation im Übrigen irrelevant, weil der Generalunternehmer selbst über die notwendige Gewerbeberechtigung verfügt und somit der Subunternehmer als „nicht eignungsrelevant“ im Vergabeverfahren nicht genannt werden muss.

- Im Gegensatz zu den bisherigen zwei Beispielen mangelt es dem Generalunternehmer im dritten Fall an Gewerbeberechtigungen, um den Gesamtauftrag alleine durchführen zu dürfen. So ist es ihm zwar im Rahmen der Nebenrechte des § 32 GewO erlaubt, den Gesamtauftrag zu übernehmen, sofern ein wichtiger Teil des Auftrags seinem eigenen Gewerbe zukommt, jedoch muss er jene Arbeiten, für die er keine Gewerbeberechtigung besitzt, durch

einen befugten Gewerbetreibenden ausführen lassen. Durch diese Regelung darf z. B. der Baumeister den Auftrag zur Planung und Errichtung eines Hochbaus übernehmen, jedoch muss er die Ausführung der Elektroinstallationen (also jenen Teil des Gesamtauftrags, für den er keine Gewerbeberechtigung besitzt) einem dazu befugten Gewerbetreibenden (Elektrotechniker) überlassen. Anders als im zweiten Fall, wird durch diese Regelung der Gewerbeumfang des Generalunternehmers um die Befugnis seines Subunternehmers ausgedehnt und erweitert, was in der Praxis häufig als „Substitution der Befugnis“ bezeichnet wird. Auch aus vergaberechtlicher Sicht ist dieser Umstand relevant, da in einem solchen Fall der Subunternehmer im Vergabeverfahren vom Generalunternehmer als „eignungsrelevant“ genannt werden kann. Der Hintergrund liegt auf der Hand: Ohne seinen Subunternehmer fehlt es ihm an der gewerberechtigten Befugnis, den Auftrag annehmen zu dürfen und er müsste als Bieter ohne ausreichende Befugnis aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden werden.

Rechtliche Konsequenzen

Mit der unbefugten Gewerbeausübung können mehrere negative Folgen verbunden sein. Zunächst wird das Fehlen der erforderlichen Gewerbeberechtigung gewerberechtlich als Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe bis zu 3.600 Euro bedroht. Vergaberechtlich sind Angebote von Bietern, die keine entsprechende Befugnis haben (bzw. deren Subunternehmer keine solche haben), vor der Zuschlagsentscheidung auszuschließen. Weiters kann das Anbieten von Leistungen ohne entsprechende Gewerbeberechtigung eine sittenwidrige Handlung iSd UWG darstellen und Unterlassungs- sowie Schadenersatzklagen nach sich ziehen. An dieser Stelle sei auch erwähnt, dass Schäden, die durch unbefugte Gewerbeausübung entstehen, von (Haftpflicht-)Versicherungen in der Regel nicht gedeckt sind. ■