

## Anmerkungen zum vorliegenden Ministerialentwurf zur Änderung der Gewerbeordnung 1994 – Nebenrechte der Gewerbetreibenden gemäß § 32 GewO

1. Die Nebenrechte der Gewerbetreibenden gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO, auch Tätigkeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe auszuführen, war bisher auf Tätigkeiten „geringen Umfangs“ – nach der Judikatur etwa 10% des konkreten Auftrags – begrenzt. Die geplante Novellierung streicht die Anforderung des „geringen Umfangs“ und ergänzt dieses Nebenrecht in § 32 Abs 2 GewO dadurch, dass jeder Gewerbetreibende bis zu 30% (15% im Falle von reglementierten Gewerben) von Tätigkeiten anderer Gewerbe je Wirtschaftsjahr ausführen darf. Eine Maßeinheit für diese Prozentzahlen ist bewusst nicht vorgesehen.
2. Diese Novelle ermöglicht es keinem Beteiligten (Unternehmer, Auftraggeber, Gewerbebehörde), die Grenzen rechtmäßigen Handelns zu erkennen.
  - Erst nach Ablauf eines Wirtschaftsjahres steht fest, ob die Grenze eingehalten wurde. Eine verlässliche Prognose im laufenden Wirtschaftsjahr ist nicht möglich und nicht überprüfbar, da dies einer Vielzahl von Einflussfaktoren unterliegt.
  - Die geplante Möglichkeit, dass der Grenzwert von 15 bzw 30% beliebigen Maßeinheiten – offenbar nach Wahl des Unternehmers – unterlegt werden kann (als Beispiele führen die Erläuterungen zur geplanten Novelle Umsatz und Zeit an), macht dies gänzlich unmöglich.
  - Die geplante Novellierung sieht vor, dass der Umfang der Nebenrechte „jedemfalls“ dann nicht überschritten ist, wenn die 15 bzw 30% eingehalten werden. In Einzelfällen (welchen?) können die Nebenrechte also trotz Überschreitung dieser Grenzen gewahrt werden.
3. Die nicht vorhandene Überprüfbarkeit trifft insbesondere öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber nach dem BVergG, die die Befugnis vor Auftragsvergabe prüfen müssen.
  - Die Anzahl von Vergabenachprüfungsverfahren wird erheblich steigen. Bereits dieser Umstand alleine, unabhängig vom Ausgang der Verfahren, belastet ein Vergabeverfahren mit erhöhtem Zeitverlust und Aufwand.
  - Der Ausgang dieser Nachprüfungsverfahren ist aufgrund der Unbestimmtheit der Regelung höchst unsicher. Die Folgen einer Nichtigklärung von Auftraggeberentscheidungen sind vielfältig und erheblich (Zeitverlust, Kosten, Schadenersatzforderungen).
  - Wenn sich zu einem späteren Zeitpunkt – was der geplanten Regelung immanent ist, da frühestens nach Ende des Wirtschaftsjahres eines Unternehmers feststeht, ob er zum Anbieten und Ausführen der Leistungen berechtigt war – herausstellt, dass der Unternehmer tatsächlich nicht befugt war, ist ein zwin-

gender Vertragsrücktritt zu befürchten. Weitreichende Folgen (Neuausschreibung, Schadenersatz, etc) drohen in diesem Fall.

4. Eine Argumentation, dass die geplante Novelle unproblematisch sei, lautet dahingehend, dass eine Überschreitung der 15/30%-Grenzen keine Frage der Befugnis wäre und daher auch der abgeschlossene Vertrag gültig bliebe, da lediglich „Ausübungsvorschriften“ verletzt würden, aber die Grenze der Gewerbeberechtigung selbst eingehalten wäre. Tatsächlich löst dies keine Probleme:
- In der geplanten Novelle wird die Grenze des Umfangs dieses Nebenrechts in § 32 Abs 1 Z 1 GewO gestrichen und in § 32 Abs 2 GewO verschoben. Dass dann in § 32 Abs 2 GewO von der bloßen „*Ausübung der Rechte gemäß Abs 1*“ gesprochen wird, ändert nichts daran, dass es zweifellos um den Umfang der gewerblichen Nebenrechte – also um die Frage, welche Leistungen ein Unternehmer anbieten und ausführen darf – geht, und nicht bloß um die Ausübung zukommender Rechte.
  - Wenn es sich tatsächlich um eine bloße Ausübungsvorschrift handelte, würde § 32 Abs 1 Z 1 GewO idF der geplanten Novelle alleine den Umfang dieses Nebenrechts definieren. Ein Unternehmer dürfte dann alle „fremden“ Leistungen in beliebigem Umfang anbieten, wenn sie im Wesentlichen seine eigenen Leistungen „*wirtschaftlich sinnvoll ergänzen*“. Der Umfang des Nebenrechts wäre daher überhaupt in der Beliebigkeit des Unternehmers gelegen, was die GewO insgesamt weitgehend überflüssig machen würde. Dies wird wohl nicht der geplante Inhalt der Novelle sein können.
  - Die Rechtmäßigkeit der Auftragsvergabe und Gültigkeit des Vertrages wären nach den Bestimmungen des BVergG auch dann betroffen, wenn bloß eine Ausübungsvorschrift verletzt wäre, da die Ausschlussgründe gemäß § 68 BVergG (etwa gemäß Z 5 bei schweren Verfehlungen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit) auch solche Vorschriften einbeziehen. Ein entsprechender Bieter wäre dann zwar nicht mangels Befugnis, aber mangels Zuverlässigkeit auszuschneiden.