

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

An
die Österreichische Präsidentschaftskanzlei
* die Parlamentsdirektion
den Rechnungshof
* die Volksanwaltschaft
* den Verfassungsgerichtshof
den Verwaltungsgerichtshof
* alle Bundesministerien
alle Sektionen des Bundeskanzleramtes
das Präsidium der Finanzprokurator
die Österreichische Bundesforste AG
die Österreichischen Bundesbahnen
das Bundesvergabeamt
zu Händen Herrn Dr. SACHS
die Bundesbeschaffung GmbH
die Bundesrechenzentrum Ges.m.b.H.
die Bundesimmobilien GmbH
* alle Ämter der Landesregierungen
die Verbindungsstelle der Bundesländer beim Amt der niederösterreichischen
Landesregierung
alle unabhängigen Verwaltungssenate
* den Österreichischen Gemeindebund
* den Österreichischen Städtebund
die Wirtschaftskammer Österreich
zu Händen Frau Dr. MILLE
die Bundesarbeitskammer
die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs

**Betrifft: Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen
Auswirkungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe
Rundschreiben**

1. Vorbemerkungen

- 1.1. Mit der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (im Folgenden: Berufsanerkenntnisrichtlinie) wurden die Vorschriften, nach denen ein Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufsqualifikationen für die Ausübung eines reglementierten Berufs anerkennt, neu geregelt.
- 1.2. Die Berufsanerkenntnisrichtlinie verfolgt dabei das Ziel, bestehende Systeme der Anerkennung beruflicher Qualifikationen zu vereinheitlichen und die Ausübung reglementierter Berufe in anderen Mitgliedstaaten – und damit den freien Dienstleistungsverkehr – zu erleichtern. Die Berufsanerkenntnisrichtlinie erfasst grundsätzlich die Ausübung sämtlicher reglementierter Berufe, soweit nicht für bestimmte Berufe besondere Regelungen bestehen bleiben (ein Hinweis auf derartige besondere gemeinschaftsrechtliche Regelungen findet sich im Erwägungsgrund 42 der Berufsanerkenntnisrichtlinie). Als reglementierter Beruf im Sinn der Berufsanerkenntnisrichtlinie gilt dabei jede berufliche Tätigkeit, bei der die Aufnahme oder die Ausübung an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist. Als Berufsqualifikationen gelten Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise. Konsequenter Weise werden durch die Berufsanerkenntnisrichtlinie (siehe Art. 62) zahlreiche der bestehenden sektoralen Anerkennungsrichtlinien aufgehoben.
- 1.3. Die für den Bereich des öffentlichen Auftragswesens praktisch relevantesten Umsetzungsmaßnahmen sind die Änderung der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194, durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 42/2008 sowie die Änderung des Ziviltechnikergesetzes 1993 (ZTG), BGBl. Nr. 156/1994, durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 9/2008. Im vorliegenden Rundschreiben werden daher lediglich die vergabespezifischen Auswirkungen der Berufsanerkenntnisrichtlinie in diesen beiden Bereichen dargestellt.

Es wird aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass zahlreiche weitere Tätigkeiten von der Berufsanerkenntnisrichtlinie erfasst sind, die ebenfalls Gegenstand eines Vergabeverfahrens sein können. In derartigen Fällen obliegt es dem Auftraggeber, festzustellen, ob sich der Berufsanerkenntnisrichtlinie bzw. einem innerstaatlichen Umsetzungsakt Auswirkungen im Bereich des Auftragswesens entnehmen lassen. Soweit ein ergangener Umsetzungsakt mit den im Folgenden dargestellten Regelungen der GewO 1994 oder des ZTG vergleichbar ist, können die nachfolgenden Ausführungen sinngemäß

herangezogen werden. So folgen etwa die diesbezüglichen Änderungen des Wirtschaftstreuhandberufsgesetzes, BGBl. I Nr. 58/1999, durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 10/2008 sowie des Bilanzbuchhaltergesetzes, BGBl. I Nr. 161/2006, durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 11/2008 im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungen weitgehend der diesbezüglichen Regelung des ZTG. Fehlt ein innerstaatlicher Umsetzungsakt, so sind die Anerkennungsregelungen der Berufsankennungsrichtlinie (von Bedeutung ist im vorliegenden Zusammenhang insb. ihr Art. 5) als unmittelbar anwendbar anzusehen.

- 1.4. In weiterer Folge werden zuerst die Änderungen der GewO 1994 und des ZTG dargestellt und im Anschluss daran die sich daraus ergebenden Auswirkungen für Auftraggeber bis zu einer gesetzlichen Anpassung des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17, in der Fassung BGBl. I Nr. 86/2007, dargelegt.

2. Änderungen im Bereich der GewO 1994

- 2.1. Gemäß § 373a Abs. 1 GewO 1994 dürfen Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates (bzw. EWR-Vertragsstaates), die in einem anderen EU-Mitgliedstaat (bzw. EWR-Vertragsstaat) niedergelassen sind und die jeweilige Tätigkeit dort befugt ausüben, Dienstleistungen vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben. Ein Befähigungsnachweis muss dann nicht erbracht werden, wenn die Tätigkeit

- im Niederlassungsstaat reglementiert ist, oder
- – sofern sie im Niederlassungsstaat nicht reglementiert ist – während der vorhergehenden zehn Jahre mindestens zwei Jahre lang ausgeübt worden ist.

Da ein Befähigungsnachweis nur für reglementierte Gewerbe erforderlich ist, tritt diesbezüglich für freie Gewerbe keine Änderung durch die GewO-Novelle 2008 ein. Ist eine der Voraussetzungen des § 373a Abs. 1 GewO 1994 nicht erfüllt oder liegt ein Entziehungstatbestand gemäß § 87 Abs. 1 GewO 1994 vor, hat der BMWA die Ausübung der Tätigkeit zu verbieten.

- 2.2. Handelt es sich bei der Tätigkeit um ein innerstaatlich reglementiertes Gewerbe im Sinne des § 94 GewO 1994 oder ist die Tätigkeit einem solchen Gewerbe zuzuordnen, dann ist die Aufnahme der Tätigkeit gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 dem BMWA vorher schriftlich anzuzeigen. Die Anzeige ist einmal jährlich zu erneuern, wenn die Erbringung vorübergehender und gelegentlicher

Dienstleistungen auch im betreffenden Jahr beabsichtigt ist. Die Anzeigepflicht kann durch Verordnung des BMWA auch auf einzelne freie Gewerbe erstreckt werden. Jeder Anzeige sind die in § 373a Abs. 4 GewO 1994 aufgelisteten Dokumente beizufügen. Bei einer Anzeige über die erstmalige Aufnahme einer Tätigkeit hat der BMWA entweder,

- binnen eines Monats mitzuteilen, dass gegen die Ausübung der Tätigkeit kein Einwand besteht, oder
- binnen eines Monats mitzuteilen, welche Unterlagen fehlen, oder
- (zB bei Fehlen einer der Voraussetzungen gemäß § 373a Abs. 1 GewO 1994) die Ausübung der Tätigkeit zu verbieten.

Darüber hinaus kann der BMWA die Ausübung der Tätigkeit für eine angemessene Dauer untersagen, wenn der Dienstleistungserbringer eine vorgeschriebene Meldung nicht erstattet hat.

2.3. Darüber hinaus ist gemäß § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 bei bestimmten – im Gesetz aufgezählten oder durch Verordnung des BMWA festgelegten – Tätigkeiten (im Folgenden: „sensible“ anzeigepflichtige Gewerbe) zu prüfen, ob auf Grund der mangelnden Berufsqualifikation des Dienstleistungserbringers aus der Tätigkeit eine schwerwiegende Beeinträchtigung von Gesundheit oder Sicherheit zu befürchten ist. Diese Prüfung zieht eine der folgenden Entscheidungen nach sich:

- Ist keine Beeinträchtigung zu befürchten, hat dies der BMWA dem Anzeiger binnen eines Monats mitzuteilen; diesfalls ist die Ausübung der Tätigkeit ab Einlangen der Mitteilung beim Anzeiger zulässig.
- Ist eine Beeinträchtigung auf Grund bestehender Unterschiede zwischen der beruflichen Qualifikation des Anzeigers und der in Österreich geforderten Ausbildung zu befürchten, so ist binnen eines Monats die Ablegung einer Eignungsprüfung oder eines Anpassungslehrgangs vorzuschreiben. Die Ablegung der Eignungsprüfung oder des Anpassungslehrgangs muss in dem auf die Entscheidung des BMWA folgenden Monat erfolgen können.

Bei Auftreten von Schwierigkeiten kann die Entscheidungsfrist um einen Monat verlängert werden. Die Tätigkeit darf erbracht werden, wenn nach Ablauf der Entscheidungsfrist keine Reaktion des BMWA erfolgt ist.

- 2.4. Gemäß § 373a Abs. 5 letzter Satz GewO 1994 hat der BMWA die Dienstleistungserbringer, die eine Anzeige erstattet haben, unter Angabe der ausgeübten Tätigkeit im Internet sichtbar zu machen.

Die entsprechende Seite wird derzeit seitens des BMWA aufgebaut; sobald die Einrichtung abgeschlossen ist, wird eine gesonderte Information seitens des BMWA erfolgen.

- 2.5. Eine bescheidmäßige Anerkennung der tatsächlichen Ausübung einer Tätigkeit als Befähigungsnachweis bzw. eine bescheidmäßige Gleichhaltung einer ausländischen Berufsqualifikation mit einem inländischen Befähigungsnachweis ist gemäß den §§ 373c ff GewO 1994 nur mehr im Bereich der Niederlassungsfreiheit vorgesehen.
- 2.6. Darüber hinaus kann ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid im Bereich der Dienstleistungsfreiheit gemäß § 373b GewO 1994 auch von Angehörigen der Schweizerischen Eidgenossenschaft verlangt werden. Schweizer Dienstleistungserbringer haben daher wie bisher in Übereinstimmung mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BGBl. III Nr. 133/2002, die Verfahren nach den §§ 373c ff GewO 1994 zu durchlaufen.

3. Änderungen im Bereich des ZTG

- 3.1. Gemäß § 30 ZTG dürfen Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates (bzw. eines EWR-Vertragsstaates) oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft, die in einem anderen EU-Mitgliedstaat (bzw. einem EWR-Vertragsstaat) oder der Schweiz niedergelassen sind und dort den Beruf eines freiberuflichen Architekten oder Ingenieurkonsulenten befugt ausüben, Dienstleistungen auf den Fachgebieten des ZTG vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben, wenn kein Ausschließungsgrund gemäß § 5 Abs. 3 ZTG vorliegt. Neben der Staatsangehörigkeit, der Niederlassung und der aufrechten Befugnis im Niederlassungsstaat sind folgende Voraussetzungen zu erfüllen:
- fachliche Befähigung, und
 - – sofern die Berufsausübung im Niederlassungsstaat nicht reglementiert ist – Ausübung des Berufes während der vorhergehenden zehn Jahre über mindestens zwei Jahre.

- 3.2. Das ZTG sieht keine Anzeigepflicht gegenüber dem Aufnahmestaat und keine bescheidmäßige Untersagung der Tätigkeit vor. Vorgesehen ist lediglich eine verwaltungsstrafrechtliche Sanktionierung einer unbefugten Berufsausübung.
- 3.3. Die Verordnungsermächtigung des § 32 Abs. 7 ZTG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 137/2005, auf die die EWR-Architektenverordnung und die EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung gestützt wurden, findet sich im ZTG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 9/2008 nicht mehr.
- 3.4. Im Fall der Niederlassung in Österreich ist gemäß den §§ 33 ff ZTG die Verleihung einer entsprechenden Befugnis durch den BMWA erforderlich.

4. Auswirkungen auf die gesetzlichen Regelungen des BVergG 2006

- 4.1. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass im BVergG 2006 zwischen den Regelungen betreffend die Eignung der Unternehmer und den Regelungen, die an die (berufsrechtliche) Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Dienstleistung anknüpfen, zu unterscheiden ist.
- 4.2. Die Vorgaben betreffend die Eignung gemäß den §§ 68 ff BVergG 2006 bleiben von den Änderungen im Bereich der Berufsanerkenntnisrichtlinie grundsätzlich unberührt. Die Eignung ist weiterhin – nach Maßgabe der vom Auftraggeber verlangten Nachweise – vom Unternehmer nachzuweisen und muss zu dem in § 69 BVergG 2006 jeweils genannten Zeitpunkt vorliegen.
- 4.3. Neben den Eignungsregelungen verweist das BVergG 2006 derzeit im Zusammenhang mit der Anerkennung von beruflichen Qualifikationen von Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates (bzw. eines EWR-Vertragsstaates) in folgenden Bestimmungen auf die Regelungen der §§ 373c ff GewO 1994 sowie der – jeweils auf das ZTG gestützten – EWR-Architektenverordnung und EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung:
 - § 20 Abs. 1 (bzw. § 188 Abs. 1) BVergG 2006 sieht vor, dass Bewerber oder Bieter, die ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den §§ 373c, 373d und 373e GewO 1994 durchführen bzw. eine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung einholen müssen, möglichst umgehend die entsprechenden Anträge zu stellen haben.
 - Gemäß den §§ 46 Abs. 2 sowie 53 Abs. 5 (bzw. gemäß § 207 Abs. 2) BVergG 2006 ist in der Bekanntmachung und der Vorinformation (bzw. im

Aufruf zum Wettbewerb) auf das allfällige Erfordernis einer Anerkennung bzw. Gleichhaltung oder Bestätigung hinzuweisen.

- Gemäß § 112 Abs. 3 (bzw. § 260 Abs. 3) BVergG 2006 hat der Auftraggeber die Zuschlagsfrist – unter bestimmten Voraussetzungen – um einen Monat zu verlängern, wenn ein Anerkennungs-, Gleichhaltungs- oder Bestätigungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist.
- Gemäß § 129 Abs. 1 Z 11 (bzw. § 269 Abs. 1 Z 7) BVergG 2006 sind Angebote von Bietern auszuschneiden, bei denen zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 112 Abs. 3 BVergG 2006 gesetzten Nachfrist kein Anerkennungs-, Gleichhaltungs- oder Bestätigungsbescheid vorliegt oder die keinen Nachweis beigebracht haben, dass sie den entsprechenden Antrag gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2006 vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht haben.

Diese Bestimmungen sind als Folge der Änderungen der GewO 1994 und des ZTG anzupassen. Wie Auftraggeber bis zu dieser Anpassung des BVergG 2006 vorzugehen haben, richtet sich danach, ob die Regelungen für Dienstleistungen oder für Niederlassungen maßgeblich sind bzw. welchen berufsrechtlichen Regelungen (insb. der GewO 1994 oder dem ZTG) die ausgeschriebene Tätigkeit unterliegt. Bei einer Tätigkeit gemäß der GewO 1994 ist weiters maßgeblich, ob es sich um ein freies oder um ein reglementiertes Gewerbe handelt.

5. Maßgeblichkeit des Dienstleistungsregimes

- 5.1. Sowohl die GewO 1994 als auch das ZTG treffen in Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie für die – lediglich vorübergehende und gelegentliche – Erbringung von Dienstleistungen einerseits und die Niederlassung andererseits jeweils unterschiedliche Regelungen. Es ist somit zuerst zu klären, welche dieser Regelungen zur Anwendung kommen.
- 5.2. Das BVergG 2006 enthält hinsichtlich der Frage, welche Unternehmer einen Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid erlangen müssen, keine eigenständigen Regelungen, sondern knüpft an die Vorschriften der GewO 1994 an. Gemäß den neuen Regelungen der GewO 1994 ist das Erfordernis einer Anerkennung bzw. einer Gleichhaltung aber – grundsätzlich – nur mehr für eine Niederlassung zu erfüllen.
- 5.3. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht davon aus, dass die Erbringung einer Leistung im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe im Regelfall als

vorübergehende und gelegentliche Dienstleistung anzusehen ist. Hinzuweisen ist darauf, dass nach der Judikatur des EuGH (vgl. Rs C-55/94 *Gebhard*) die Einrichtung eines Büros oder einer Kanzlei im Aufnahmestaat die Einstufung als Dienstleistung nicht ausschließt. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass auch eine längere Dauer eines Vertragsverhältnisses die Einstufung als Dienstleistung nicht grundsätzlich ausschließt.

- 5.4. Soweit daher nicht offensichtlich ist, dass die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags zwingend eine Niederlassung erfordert (was wohl nur in äußerst seltenen Ausnahmefällen der Fall sein wird), oder der Auftraggeber aus anderen Gründen Kenntnis davon hat, dass ein Unternehmer in Österreich niedergelassen ist, kann die Vorlage eines Anerkennungs- bzw. Gleichhaltungsbescheides gemäß den §§ 373c ff GewO 1994 nicht mehr verlangt werden. Nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst besteht für den Auftraggeber – so nicht Anhaltspunkte vorliegen, die eine Niederlassung eines Unternehmers nahelegen – auch keine Pflicht zur Prüfung, ob der Unternehmer seine Tätigkeit mehr als nur vorübergehend und gelegentlich im Inland ausübt. Der praktische Anwendungsbereich der Bestimmungen des BVergG 2006, die auf die §§ 373c ff GewO 1994 verweisen, verringert sich daher erheblich.
- 5.5. Erneut wird darauf hingewiesen, dass § 373b GewO 1994 – abweichend von den eben dargelegten Grundsätzen – für Staatsangehörige der Schweizerischen Eidgenossenschaft auch im Fall der nur vorübergehenden und gelegentlichen Erbringung von Dienstleistungen vorsieht, dass diese einen Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid erlangen müssen.
- 5.6. Soweit ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid ausnahmsweise weiterhin erforderlich ist (im Fall der Niederlassung von EU- bzw. EWR-Unternehmern bzw. immer im Fall von Unternehmern aus der Schweiz), kann ein Angebot wie bisher gemäß § 129 Abs. 1 Z 11 BVergG 2006 ausgeschieden werden, wenn der erforderliche Bescheid im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung (bzw. nach Ablauf einer allenfalls gesetzten Nachfrist) nicht vorliegt.

6. Auswirkungen im Bereich freier Gewerbe gemäß GewO 1994

- 6.1. Da für die Ausübung eines freien Gewerbes kein Befähigungsnachweis nach der GewO 1994 erforderlich ist, ist die grenzüberschreitende Dienstleistung unter den Voraussetzungen des § 373a Abs. 1 erster Satz GewO 1994 zulässig. § 373a Abs. 1 zweiter Satz GewO 1994 ist für freie Gewerbe nicht maßgeblich. Der

Auftraggeber hat somit wie bisher lediglich gemäß den §§ 68 ff BVergG 2006 die Eignung des Unternehmers zu prüfen.

- 6.2. Da bei einem freien Gewerbe weder eine Anzeige an den BMWA vorgesehen ist noch eine daran anknüpfende Veröffentlichung im Internet, stellt sich nicht die Frage, ob eine unterbliebene Anzeige an das BMWA Rechtsfolgen nach sich zieht.

7. Auswirkungen im Bereich anzeigepflichtiger Gewerbe im Sinne des § 373a Abs. 4 GewO 1994

- 7.1. Die entscheidende Frage im Bereich der anzeigepflichtigen Gewerbe gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 ist, ob die Ausübung der betreffenden Tätigkeit nur zulässig ist, wenn eine entsprechende Anzeige (bzw. allenfalls eine entsprechende Reaktion des BMWA) erfolgt ist. § 373a Abs. 1 vierter Satz GewO 1994 bestimmt, dass die Ausübung einer Tätigkeit im Fall der Nichterstattung einer vorgeschriebenen Meldung für eine bestimmte Dauer untersagt werden kann. Bei der Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 handelt es sich um eine solche vorgeschriebene Meldung. Daraus folgt, dass die Anzeigepflicht eine reine Ordnungsvorschrift darstellt, der Anzeige kommt somit keine konstitutive Wirkung zu. Sofern es sich nicht um ein „sensibles“ anzeigepflichtiges Gewerbe handelt (siehe dazu unter Punkt 8), darf der Dienstleistungserbringer eine Tätigkeit bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 373a Abs. 1 GewO 1994 ausüben, auch wenn er die gebotene Anzeige nicht erstattet hat.

Auch die Reaktion des BMWA auf die Anzeige sowie die Veröffentlichung im Internet ist keine Voraussetzung für die zulässige Dienstleistungserbringung. Die Veröffentlichung im Internet bringt zwar insofern Vorteile für den Auftraggeber mit sich, als sie erkennbar macht, in welchen Fällen seitens des BMWA die Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Tätigkeit bereits geprüft worden sind. Die Veröffentlichung im Internet ist aber keine zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Dienstleistung.

Die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung ist somit weder von der erfolgten Anzeige noch von der erfolgten Veröffentlichung des Unternehmers im Internet abhängig. Der Auftraggeber hat daher wie bisher gemäß den §§ 68 ff BVergG 2006 die Eignung des Unternehmers zu prüfen. Er kann vom Bieter weder zwingend eine Bestätigung über die erfolgte Anzeige

gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 verlangen noch das Angebot – allein gestützt auf die unterbliebene Anzeige – ausscheiden.

- 7.2. Die Zulässigkeit der Gewerbeausübung vor erfolgter Anzeige kann zwar theoretisch dazu führen, dass der Auftraggeber den Auftrag einem Unternehmer erteilt, gegen den in weiterer Folge ein Verbot der Gewerbeausübung erlassen wird. Praktisch wird eine derartige Konstellation aber kaum eintreten, da der Auftraggeber jedenfalls die Eignung des Unternehmers – also insb. auch das Vorliegen der Befugnis, der Zuverlässigkeit und der technischen Leistungsfähigkeit – prüfen muss. Liegt ein Tatbestand für ein Verbot gemäß § 373a Abs. 1 GewO 1994 vor, ist in der Regel bereits die Eignung des Unternehmers im Vergabeverfahren zu verneinen.
- 7.3. Aus der Tatsache, dass der Anzeige keine konstitutive Wirkung zukommt, ergibt sich weiters, dass der Auftraggeber nicht aktiv überprüfen muss, ob eine solche Anzeige erstattet worden ist.

Wenn ein Auftraggeber aber überprüfen möchte, ob der Unternehmer eine Anzeige erstattet hat, kann er dafür die Veröffentlichung im Internet durch den BMWA heranziehen. Scheint der betreffende Unternehmer in dieser Veröffentlichung nicht auf, dann kann der Auftraggeber den Unternehmer lediglich auffordern, die Anzeige vorzunehmen. So es die zeitliche Ausgestaltung des Vergabeverfahrens zulässt, kann auch die darauf erfolgende Reaktion des BMWA – die ja auch in einem Verbot der Ausübung der Tätigkeit bestehen kann – abgewartet werden. Kommt der Unternehmer seiner Anzeigepflicht nicht nach, so kann die Untersagung der Ausübung der Tätigkeit gemäß § 373a Abs. 1 vierter Satz GewO 1994 oder die Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens wegen Verletzung der Meldeverpflichtung angeregt werden.

Da die Verletzung der Meldepflicht gemäß § 368 GewO 1994 eine Verwaltungsübertretung darstellt, kann in weiterer Folge (insb. im Zusammenhang mit nachfolgenden Vergabeverfahren) erwogen werden, eine allenfalls erfolgte Bestrafung wegen Verletzung der Anzeigepflicht des § 373a Abs. 4 GewO 1994 als festgestellte, schwere berufliche Verfehlung im Sinn des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 zu werten. Eine diesbezügliche Entscheidung kann allerdings nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles gemäß den Vorgaben des § 73 BVergG 2006 getroffen werden.

- 7.4. Unzulässig ist die Ausübung einer Tätigkeit jedenfalls dann, wenn sie gemäß § 373a Abs. 1 GewO 1994 verboten oder auf eine bestimmte Dauer untersagt

worden ist. Seitens des BMWA ist in Aussicht genommen, Auskunftsersuchen von Organen (im organisatorischen Sinn) des Bundes, der Länder und Gemeinden hinsichtlich des Bestehens eines Verbots oder einer Untersagung der Gewerbeausübung zu entsprechen.

Eine – über die Verpflichtung des Auftraggebers zur Prüfung der vergaberechtlichen Eignung hinausgehende – Pflicht, aktiv Nachforschungen anzustellen, ob ein Verbot oder eine Untersagung der Gewerbeausübung erlassen worden ist, besteht nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst nicht.

- 7.5. Zu den Auswirkungen der Neuregelung des § 373a GewO 1994 auf die Unternehmerseite (Bewerber bzw. Bieter) ist Folgendes festzuhalten: Nicht zulässig ist es für Unternehmer, den Nachweis der Befugnis gemäß § 71 BVergG 2006 durch die Vorlage einer Bestätigung über die erstattete Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 zu ersetzen. Dies scheitert in aller Regel schon daran, dass die Voraussetzungen des § 70 Abs. 4 zweiter Satz BVergG 2006 – nämlich dass die Beibringung der geforderten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht möglich ist – nicht vorliegen. Zulässig ist es aber, dass der Unternehmer den Nachweis einer allenfalls geforderten Befähigung dadurch erbringt, dass er nachweist, die Tätigkeiten während der vorhergehenden zehn Jahre mindestens zwei Jahre lang ausgeübt zu haben (dies wenn die Tätigkeit im Herkunftsstaat nicht reglementiert ist).

8. Auswirkungen im Bereich „sensibler“ anzeigepflichtiger Gewerbe im Sinne des § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994

- 8.1. Bei den in § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 aufgezählten Gewerben ist vom BMWA nach einer Anzeige zu prüfen, ob auf Grund der mangelnden Berufsqualifikation des Anzeigers eine schwerwiegende Beeinträchtigung von Gesundheit oder Sicherheit zu befürchten ist. § 373a Abs. 5 Z 2 lit. a GewO 1994 bestimmt, dass falls eine schwerwiegende Beeinträchtigung von Gesundheit oder Sicherheit nicht zu befürchten ist, die Ausübung der Tätigkeit ab Einlangen der Mitteilung des BMWA (über die Unbedenklichkeit der Ausübung der Tätigkeit) beim Anzeiger zulässig ist. Daraus ergibt sich, dass der Mitteilung des BMWA konstitutive Wirkung zukommt und die Ausübung der Tätigkeit vor einer entsprechenden Mitteilung nicht zulässig ist. Wenn gemäß § 373a Abs. 5 Z 2 lit. b GewO 1994 eine Beeinträchtigung von Gesundheit oder Sicherheit auf Grund bestehender wesentlicher Unterschiede in der beruflichen Qualifikation zu befürchten ist, so ergibt sich aus § 373a Abs. 7 vierter Satz GewO 1994, dass die Ausübung der

Tätigkeit erst mit der erfolgreichen Ablegung der Eignungsprüfung bzw. des Anpassungslehrgangs zulässig ist. Schließlich ist die Ausübung der Tätigkeit auch dann zulässig, wenn nach Ablauf eines Monats – bzw. für den Fall des Auftretens von Schwierigkeiten: nach Ablauf von zwei Monaten – ab Eingang der vollständigen Unterlagen beim BMWA noch keine Entscheidung des BMWA ergangen ist.

- 8.2. Die §§ 20 Abs. 1 sowie 129 Abs. 1 Z 11 BVergG 2006 verweisen lediglich auf das Erfordernis eines Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheides gemäß den §§ 373c ff GewO 1994, jedoch noch nicht auf das Erfordernis einer Anzeige bzw. einer Entscheidung des BMWA gemäß § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994. Wie ein Auftraggeber vorzugehen hat, wenn eine behördliche Entscheidung gemäß § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 für die Ausübung einer Tätigkeit Voraussetzung ist, regelt das BVergG 2006 nicht ausdrücklich. Dies könnte dahingehend verstanden werden, dass das Ausscheiden eines Angebotes zwar in den Fällen geboten ist, in denen ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid erforderlich ist, aber nicht vorliegt, hingegen in den Fällen nicht möglich ist, in denen eine Entscheidung des BMWA gemäß § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 erforderlich, aber noch ausständig ist. Eine derartige Auslegung würde aber insofern einen Wertungswiderspruch enthalten, als in beiden Konstellationen gemäß der GewO 1994 (als dem für die Zulässigkeit der Berufsausübung maßgeblichen Gesetz) die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit von einer behördlichen Entscheidung (gegebenenfalls substituiert durch eine behördliche Untätigkeit) abhängig ist.

Nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst verfolgen die Regelungen des BVergG 2006 (insb. dessen §§ 20 Abs. 1 und 129 Abs. 1 Z 11) das Ziel, ein Ausscheiden von Angeboten in all den Fällen zu ermöglichen, in denen eine Ausübung der Tätigkeit in Österreich durch den betreffenden Bieter aus gewerberechtlicher Sicht unzulässig ist. Vereinfacht gesagt: Ein Auftraggeber soll nicht gezwungen sein, einen Vertrag mit einem Unternehmer zu schließen, der die Leistung auf Grund der maßgeblichen berufsrechtlichen Vorschriften nicht erbringen kann. (Ein derartiger Zwang würde nämlich dazu führen, dass der Auftraggeber in weiterer Folge ein erneutes Vergabeverfahren durchführen muss, da die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung durch den ursprünglichen Auftragnehmer nicht erfolgen kann.)

Dieses Verständnis vorausgesetzt, liegt nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst in der fehlenden Regelung im BVergG 2006 für die Konstellation, in der eine behördliche Entscheidung gemäß § 373a Abs. 5 Z 2

GewO 1994 für die Ausübung einer Tätigkeit erforderlich ist, eine planwidrige Lücke vor. Diese Lücke ist im Wege der Analogie unter Heranziehung der systematisch vergleichbaren Regelung des BVergG 2006 betreffend das Erfordernis eines Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheides gemäß den §§ 373c ff GewO 1994 zu schließen.

8.3. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht im Ergebnis daher davon aus, dass ein Auftraggeber das Angebot eines Unternehmers in analoger Anwendung des § 129 Abs. 1 Z 11 BVergG 2006 auszuscheiden hat, wenn es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um ein „sensibles“ anzeigepflichtiges Gewerbe im Sinn des § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 handelt und

- im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung (bzw. des Ablaufs der gemäß § 112 Abs. 3 BVergG 2006 gesetzten Nachfrist) keine Mitteilung des BMWA gemäß § 373a Abs. 5 Z 2 lit. a GewO 1994 vorliegt bzw. die vorgeschriebene Eignungsprüfung oder der vorgeschriebene Anpassungslehrgang nicht erfolgreich abgelegt worden ist, oder
- der Unternehmer nicht nachweist, dass er vor Ablauf der Angebotsfrist eine Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 erstattet hat. Auf dieses Erfordernis ist in analoger Anwendung der §§ 46 Abs. 2, 53 Abs. 5 bzw. 207 Abs. 2 BVergG 2006 hinzuweisen.

Wenn der Unternehmer vor Ablauf der Angebotsfrist eine entsprechende Anzeige erstattet hat, dann ist ein Ausscheiden des Angebotes allerdings dann unzulässig, wenn innerhalb eines Monats (bzw. für den Fall des Auftretens von Schwierigkeiten: innerhalb von zwei Monaten) ab Eingang der Anzeige keine Reaktion des BMWA erfolgt ist.

8.4. Während der behördlichen Entscheidung (bzw. Untätigkeit) bei „sensiblen“ anzeigepflichtigen Gewerben somit konstitutive Wirkung zukommt, gilt dies nicht für die Veröffentlichung im Internet. Scheint ein Unternehmer trotz nachgewiesener Anzeige in der Veröffentlichung nicht auf, ist die Ausübung der Tätigkeit nach fruchtlosem Ablauf der Entscheidungsfrist zulässig. Umgekehrt kann sich ein Unternehmer nicht auf seine Veröffentlichung im Internet berufen, wenn der Auftraggeber davon Kenntnis hat, dass etwa eine vorgeschriebene Eignungsprüfung oder ein vorgeschriebener Anpassungslehrgang noch nicht erfolgreich abgelegt worden ist.

8.5. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid gemäß den §§ 373c ff GewO 1994, der aus der Zeit vor

der Umsetzung der Berufsankennungsrichtlinie stammt, durch die GewO-Novelle 2008 seine Wirkung nicht verliert. Personen, die einen derartigen Bescheid erwirkt haben, sind zur Ausübung des betreffenden Gewerbes befugt, unabhängig davon, ob sie eine nach der Neuregelung vorgesehene Anzeige erstattet haben.

- 8.6. Da zwischen dem Vorliegen der Eignung und der Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen zu unterscheiden ist, kann der Unternehmer auch bei „sensiblen“ anzeigepflichtigen Gewerben den Nachweis der Befugnis gemäß § 71 BVergG 2006 nicht durch die Vorlage einer Mitteilung des BMWA gemäß § 373a Abs. 5 Z 2 lit. a GewO 1994 ersetzen. Diesbezüglich gilt – wie schon bei den nicht „sensiblen“ anzeigepflichtigen Gewerben –, dass die Voraussetzungen des § 70 Abs. 4 zweiter Satz BVergG 2006 nicht vorliegen werden.

9. Auswirkungen im Bereich von Tätigkeiten auf dem Gebiet des ZTG

- 9.1. Anders als stellt sich die Situation im Anwendungsbereich des ZTG dar, da hier keine Anzeige, keine behördliche Entscheidung und keine Veröffentlichung der Dienstleistungserbringer im Internet vorgesehen sind.
- 9.2. Der Auftraggeber hat daher wie bisher gemäß den §§ 68 ff BVergG 2006 die Eignung des Unternehmers zu prüfen, er kann aber nicht mehr das Vorliegen einer Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung verlangen.
- 9.3. Zulässig ist es aber, dass der Unternehmer den Nachweis einer allenfalls geforderten Befähigung dadurch erbringt, dass er nachweist, den Beruf während der vorhergehenden zehn Jahre mindestens zwei Jahre lang ausgeübt zu haben (dies wenn die Tätigkeit im Herkunftsstaat nicht reglementiert ist).

10. Schlussbemerkung

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, alle Dienststellen und ausgegliederte Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie – im Landesbereich – alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben in Kenntnis zu setzen.

13. Mai 2008
Für den Bundeskanzler:
Georg LIENBACHER