

Portugal: Reform der Gewerbeerlaubnis für die Bauwirtschaft

08.09.2015

Genehmigungserfordernis bei öffentlichen und privaten Bauaufträgen / Von Rechtsanwalt und Advogado Philippe Lafontaine, Lissabon

Lissabon/Bonn (gtai) - In Portugal ist das Baugewerbe staatlich reglementiert, d.h. Unternehmen, die in Portugal Baudienstleistungen erbringen wollen, benötigen hierzu grundsätzlich einer staatlichen Genehmigung in Form eines sogenannten Alvará bzw. Título de Registo (zukünftig Certificado).

Rechtsgrundlage

Geregelt wurde diese Materie bislang in den "Vorschriften über den Zugang zu Bautätigkeiten und deren dauerhafte Ausübung" (Regime jurídico de ingresso e permanência na actividade da construção), erlassen per Gesetzesdekret Nr. 12/2004 vom 9. Januar 2004. Diese Regelung stand jedoch mit europarechtlichen Prinzipien nicht im Einklang. Mit Urteil vom 18. November 2010 entschied daher der Europäische Gerichtshof, dass die Portugiesische Republik mit den "Vorschriften über den Zugang zu Bautätigkeiten und deren dauerhafte Ausübung" dadurch, dass sie von in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Erbringern von Baudienstleistungen die Erfüllung aller gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung der Erlaubnis zur Ausübung einer Tätigkeit im Bausektor in Portugal verlangt, und auf diese Weise ausschließt, dass die gleichwertigen Verpflichtungen, denen diese Dienstleister in ihrem Niederlassungsmitgliedstaat unterliegen sowie die insoweit bereits von den Behörden dieses Mitgliedstaats durchgeführten Nachprüfungen ordnungsgemäß berücksichtigt werden, gegen das Verbot von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft verstieß.

Hierauf wurde im Jahr 2011 mit der "Registrierung als ein in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ordnungsgemäß niedergelassener Dienstleistungserbringer" (Registo de Prestador de Serviços legalmente estabelecido noutra Estado membro da União Europeia) eine Spezialregelung in das Regelwerk integriert, mit der den europarechtlichen Bedenken begegnet werden sollte. Dies gelang jedoch nur in Teilen, und im Rahmen des internationalen Hilfsprogramms und der gemeinsamen Absichtserklärung vom Juni 2011 mit der sogenannten Troika bestehend aus EU, EZB und IWF verpflichtete sich Portugal, seine nationalen Vorschriften endgültig europarechtskonform zu gestalten.

Nach wiederholtem Aufschub wurde nun im Sommer 2015 mit Gesetz Nr. 41/2015 vom 3. Juni 2015 eine Nachfolgeregelung mit der Bezeichnung "Vorschriften über die Ausübung von Bautätigkeiten" (Regime jurídico aplicável ao exercício da actividade da construção, abrufbar auf der Webseite des Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. (InCI, I.P.) unter <http://www.inci.pt/Portugues/Legislacao/Legislacao/Lei201541.pdf> ▶) verabschiedet, die gemäß ihrer Präambel nicht nur verspricht, den europarechtlichen Anforderungen zu genügen, sondern auch insgesamt die Verfahren zu vereinfachen und einen leichteren Zugang zum Bausektor zu ermöglichen.

Anwendungsbereich

Zu beachten ist, dass die portugiesischen Vorschriften den Begriff des "Bauwerkes" sehr weit definieren und hierunter jegliche Tätigkeit und Resultat der Erstellung einer baulichen Anlage, deren Wiederaufbau, Erweiterung, Umbau, Sanierung, Reparatur, Restaurierung, Wiederherstellung und sogar ihren Abriss fallen. Insbesondere ausländische Bewerber um Aufträge in Portugal sind sich daher oft gar nicht bewusst, dass die von ihnen ge-

PORTUGAL: REFORM DER GEWERBEERLAUBNIS FÜR DIE BAUWIRTSCHAFT

plante Aktivität genehmigungspflichtig ist, da sie diese selbst überhaupt nicht als Bautätigkeit werten, sondern als reine, vermeintlich genehmigungsfreie Montage- oder Ingenieursleistungen.

Dabei stellen die Regeln ein nicht zu unterschätzendes Zugangshindernis zum portugiesischen Markt dar, da die Genehmigungsvoraussetzungen streng sind und die Antragsteller eine ganze Reihe von spezifischen, auf die portugiesischen Realitäten zugeschnittenen Nachweisen erbringen müssen. Auch Unternehmen mit Sitz im Ausland, die in Portugal gar keine Niederlassung beabsichtigen, sondern nur von ihrem Herkunftsstaat aus eine vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistung erbringen wollen, unterliegen dem Erlaubnisvorbehalt.

Die augenscheinlichste Neuerung des Reformgesetzes - neben der Umbenennung der für die Bauindustrie zuständigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungs- und Aufsichtsbehörde "Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P." (InCI, I. P.) in "Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P." (IMPIC, I. P.) - besteht in der nun eingeführten Differenzierung von Bauleistungen für staatliche und für private Auftraggeber. Bislang benötigen Bauunternehmer - unabhängig von der Rechtsnatur der Auftraggeber - in der Regel eine Zulassungsbescheinigung (Alvará), um in Portugal Leistungen erbringen zu können. Für bestimmte einfachere Tätigkeiten, und sofern nur geringwertigere Leistungen bis zu einem Auftragswert von maximal 16.600 Euro erbracht werden sollten, genügte auch ein sogenannter Registrierungsnachweis (Título de registo).

Öffentliche Bauaufträge

Nunmehr ist zu unterscheiden: Für öffentliche Bauaufträge wird grundsätzlich eine besondere Bescheinigung benötigt, der "Alvará de empreiteiro de obras públicas". Wie schon der Alvará unter der alten Regelung, gilt der neue Alvará für öffentliche Bauaufträge nur für die in ihm aufgeführten Bautätigkeiten und nur bis zum für die jeweiligen Bautätigkeiten angegebenen Auftragshöchstwert. Darüber hinaus gilt er auch für private Bauaufträge, sofern diese den Auftragshöchstwert nicht übersteigen.

Zu diesem Zweck untergliedert das Reformgesetz die möglichen Bautätigkeiten in fünf Kategorien mit insgesamt 59 Unterkategorien, vier mehr als unter der alten Regelung. Die bislang bestehenden besonderen Kategorien für Generalunternehmer wurden dagegen abgeschafft. Was die Auftragshöchstwerte betrifft, besteht weiterhin die Unterteilung in neun Klassen, beginnend mit Klasse 1 für Aufträge bis maximal 166.000 Euro und endend mit Klasse 9 für Aufträge von mehr als 16.600.000 Euro.

So ist beispielsweise ein Unternehmen, das über einen Alvará mit der Unterkategorie "Holzstrukturen" (3. Unterkategorie der 1. Kategorie "Gebäude und Bauten") der Klasse 3 verfügt, berechtigt, Aufträge über "Holzstrukturen" bis zu maximal 664.000 Euro abzuwickeln, darf aber weder Aufträge für "Holzstrukturen" mit Werten von mehr als 664.000 Euro durchführen, noch irgendwelche sonstigen Aufträge, beispielsweise für "Metallstrukturen" (3. Unterkategorie der 1. Kategorie "Gebäude und Bauten").

Einem Bauunternehmen steht es zwar frei, beliebig viele Tätigkeitskategorien in beliebiger Klasse zu beantragen und sich somit für unterschiedlichste Aufträge zu wappnen. Mit jeder zusätzlichen Kategorie und jeder höheren Klasse steigen jedoch auch die technischen sowie die wirtschaftlichen und finanziellen Voraussetzungen, die das Unternehmen dauerhaft erfüllen muss. Zudem erhöhen sich auch die Verfahrensgebühren für die Beantragung der Erlaubnis.

So wie schon der Alvará unter der alten Regelung ist auch der Erwerb des neuen Alvará für öffentliche Bauaufträge an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geknüpft: kaufmännische Eignung, technische Befähigung entsprechend den beantragten Kategorien und Klassen sowie wirtschaftliche und finanzielle Befähigung entsprechend der beantragten höchsten Klasse. Neu hinzugekommen ist als viertes Erfordernis der Nachweis eines ausreichenden Versicherungsschutzes gegen Arbeitsunfälle für Mitarbeiter mit portugiesischen Arbeitsverträgen oder Mitarbeitern mit ausländischen Arbeitsverträgen, die in Portugal in Ausführung des Auftrages tätig werden.

PORTUGAL: REFORM DER GEWERBEERLAUBNIS FÜR DIE BAUWIRTSCHAFT

Die kaufmännische Eignung des Unternehmens oder seiner gesetzlichen Vertreter beurteilt sich nach insolvenz-, gewerbe- und strafrechtlichen Gesichtspunkten. Mit der Reform wurde der gesetzliche Negativkatalog reduziert und der Ermessensspielraum der Behörden erheblich erweitert.

Für den Nachweis ausreichender technische Befähigung muss das Unternehmen weiterhin je nach beantragten Kategorien und Klassen ein festgelegtes Mindestmaß an qualifizierten Arbeitskräften vorweisen. Neu ist, dass diese Arbeitskräfte nicht mehr notwendigerweise fest angestellte Arbeitnehmer des Unternehmens sein müssen, sondern nunmehr auch entsprechende externe Dienstleister genügen. Auch hat der Gesetzgeber erstmals konkrete Vorgaben für die vorausgesetzte Qualifikation der Arbeitskräfte gemacht und damit die Rechtssicherheit erheblich erhöht. Weggefallen ist schließlich auch das unscharfe Kriterium einer angemessenen "Organisationsstruktur".

Die wirtschaftliche und finanzielle Befähigung wird anhand des Eigenkapitals und des finanziellen Gleichgewichts des Unternehmens bewertet. Nicht mehr zur Beurteilung herangezogen werden der Gesamtumsatz und das sich im Bau befindliche Auftragsvolumen. Neu ist zudem, dass die Unternehmen ersatzweise eine entsprechende Sicherheit leisten oder ausreichenden Haftpflichtversicherungsschutz vorweisen können.

Auch unter der neuen Regelung gibt es einen besonderen Berechtigungsnachweis für öffentliche Aufträge, die bestimmte einfachere Tätigkeiten mit relativ geringem Auftragswert umfassen. Dieser trägt nun die Bezeichnung "Certificado de empreiteiro de obras públicas", der Schwellenwert wurde auf 33.200 Euro angehoben.

Sofern ein in einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums niedergelassenes Unternehmen einen Alvará oder ein Certificado für öffentliche Bauaufträge beantragt, legt das Gesetz nun ausdrücklich fest, dass schon in diesem Mitgliedstaat vorhandene Genehmigungen sowie erfüllte Voraussetzungen, die gleichwertig oder im Wesentlichen vergleichbar sind, anerkannt werden müssen, namentlich wenn das Unternehmen in einem amtlichen Verzeichnis zugelassener Bauunternehmer gemäß Artikel 52 der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge eingetragen ist.

Die erst im Jahr 2011 eingeführte "Registrierung als Europäischer Dienstleister" samt ihren Erleichterungen für grenzüberschreitende Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union wurde dagegen wieder abgeschafft. Öffentliche Bauaufträge können grenzüberschreitend somit wieder nur noch im Rahmen eines besonderen Genehmigungsverfahrens nach den Vorschriften der Vergabeordnung (Código dos Contratos Públicos) erbracht werden. Hierzu muss nach Zuschlag des Auftrags in einem Antrag an das IMPIC, I. P., das beabsichtigte Werk beschrieben und nachgewiesen werden, dass das Unternehmen alle Voraussetzungen für den Erhalt eines für ein solches Werk notwendigen Alvará für öffentliche Bauaufträge erfüllt. Bejaht das IMPIC, I. P., das Vorliegen der Voraussetzungen, hat es hierüber eine Bescheinigung auszustellen. Diese Bescheinigung muss das Unternehmen wiederum dem öffentlichen Auftraggeber zum Nachweis seiner Geeignetheit vorlegen.

Private Bauaufträge

Unternehmen, die nur private Bauaufträge abwickeln wollen, können sich nunmehr mit einer Erlaubnis in Form eines "Alvará de empreiteiro de obras particulares" begnügen. Dessen Voraussetzungen sind geringer als die des Alvará für öffentliche Bauaufträge, es genügt der Nachweis der kaufmännischen Eignung, der wirtschaftlichen und finanziellen Befähigung und des ausreichenden Versicherungsschutzes gegen Arbeitsunfälle.

Daneben gibt es noch eine besondere Zulassung für private Bauaufträge bis zu 33.200 Euro in Form eines "Certificado de empreiteiro de obras particulares", das allein kaufmännische Eignung und ausreichenden Versicherungsschutz gegen Arbeitsunfälle voraussetzt.

PORTUGAL: REFORM DER GEWERBEERLAUBNIS FÜR DIE BAUWIRTSCHAFT

In einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums niedergelassene Unternehmen können vorübergehende und gelegentliche Baudienstleistungen für private Auftraggeber auch grenzüberschreitend erbringen. Auch sie müssen jedoch ihre kaufmännischen Eignung, ihre wirtschaftliche und finanzielle Befähigung oder ersatzweise entsprechende Sicherheit oder Haftpflichtversicherungsschutz sowie einen Versicherungsschutz gegen Arbeitsunfälle nachweisen.

Schlussfolgerungen

Die Neuregelung bringt tatsächlich in einigen Bereichen echte Verfahrenserleichterungen mit sich. So wurden einige bislang bestehende Erfordernisse ganz abgeschafft, und dank konkreter Vorgaben die Planbarkeit und Rechtssicherheit merklich erhöht. Die neugeschaffene Möglichkeit, bei Nichterfüllung der für die höheren Klassen recht anspruchsvollen Kriterien der wirtschaftlichen und finanziellen Befähigung ersatzweise Sicherheit leisten oder Haftpflichtversicherungsschutz vorweisen zu können und für den Nachweis ausreichender technischer Befähigung auch auf externe Dienstleister zurückgreifen zu können, kommt insbesondere kleineren Unternehmen zu Gute.

Die Abschaffung der "Registrierung als ein in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ordnungsgemäß niedergelassener Dienstleistungserbringer" bedeutet jedoch für europäische Unternehmen, die nur einmalig oder gelegentlich auf dem portugiesischen Markt Leistungen für öffentliche Auftraggeber erbringen wollen, einen klaren Verschlechterung der Situation. Sie sind nun wieder auf das Verfahren nach der Vergabeordnung angewiesen, das deutlich aufwendiger und aufgrund regelmäßig knapper Fristen ausgesprochen zeitkritisch und risikobehaftet ist. In jedem Fall ist der Zugang zum portugiesischen Baumarkt ein anspruchsvolles Unterfangen und sollte nicht auf die leichte Schulter genommen werden.

Zu berücksichtigen ist auch, dass eine Vielzahl der in der Bauwirtschaft üblichen beruflichen Tätigkeiten wie beispielsweise die des Ingenieurs oder des Verantwortlichen für Sicherheit am Arbeitsplatz in Portugal staatlich reglementiert sind, d.h. nur unter bestimmten Voraussetzungen ausgeübt werden dürfen, und dass die Unternehmen im Rahmen des Verfahrens zum Erhalt der Gewerbeerlaubnis oder der Ersatzbescheinigung auch die ordnungsbemäße Berufsberechtigung ihrer Mitarbeiter nachzuweisen haben. Dies kann gerade im Fall von ausländischen Unternehmen mit üblicherweise nicht portugiesischer Belegschaft eine Vielzahl von Vorverfahren zur Erlangung der für die Berufsausübung der einzelnen Mitarbeiter notwendigen vorherigen Erlaubnis oder Lizenz notwendig machen, die erst einmal abgeschlossen werden müssen, bevor überhaupt mit Aussicht auf Erfolg eine Baugewerbeerlaubnis bzw. Ersatzbescheinigung beantragt werden kann.

Ein paar Aspekte der neuen Regelung wie etwa die Verfahrensgebühren oder eine Neujustierung der Auftragsklassen werden voraussichtlich in Kürze noch per Ministerialerlass geregelt.

Stand: 18. Juni 2015

Verfasser: Rechtsanwalt und Advogado Philippe Lafontaine, E-Mail: ra@lafontaine.de ▶, Internet: <http://www.lafontaine.de> ▶

Service: Haben Sie schon unsere gtai-Rechtsnews abonniert? Kurzmeldungen über aktuelle Rechtsentwicklungen halten Sie monatlich auf dem Laufenden. Anmelden können Sie sich im Internet unter <http://www.gtai.de/rechtsnews> ▶

Haben Sie Fragen zum Dienstleistungsrecht in Europa? Dann nutzen Sie das Angebot des Portal 21 unter <http://www.portal21.de> ▶. Der Länderbericht Portugal ist abrufbar unter <http://www.portal21.de/portugal> ▶

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck – auch teilweise – nur mit vorheriger ausdrücklicher Genehmigung. Trotz größtmöglicher Sorgfalt keine Haftung für den Inhalt.

© 2019 Germany Trade & Invest

Gefördert vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages.