

Subunternehmer

Claudia Schneider Heusi, lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin,
Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

Virginia Ondelli, MLaw, Rechtsanwältin

Zürich, 19. Juni 2026

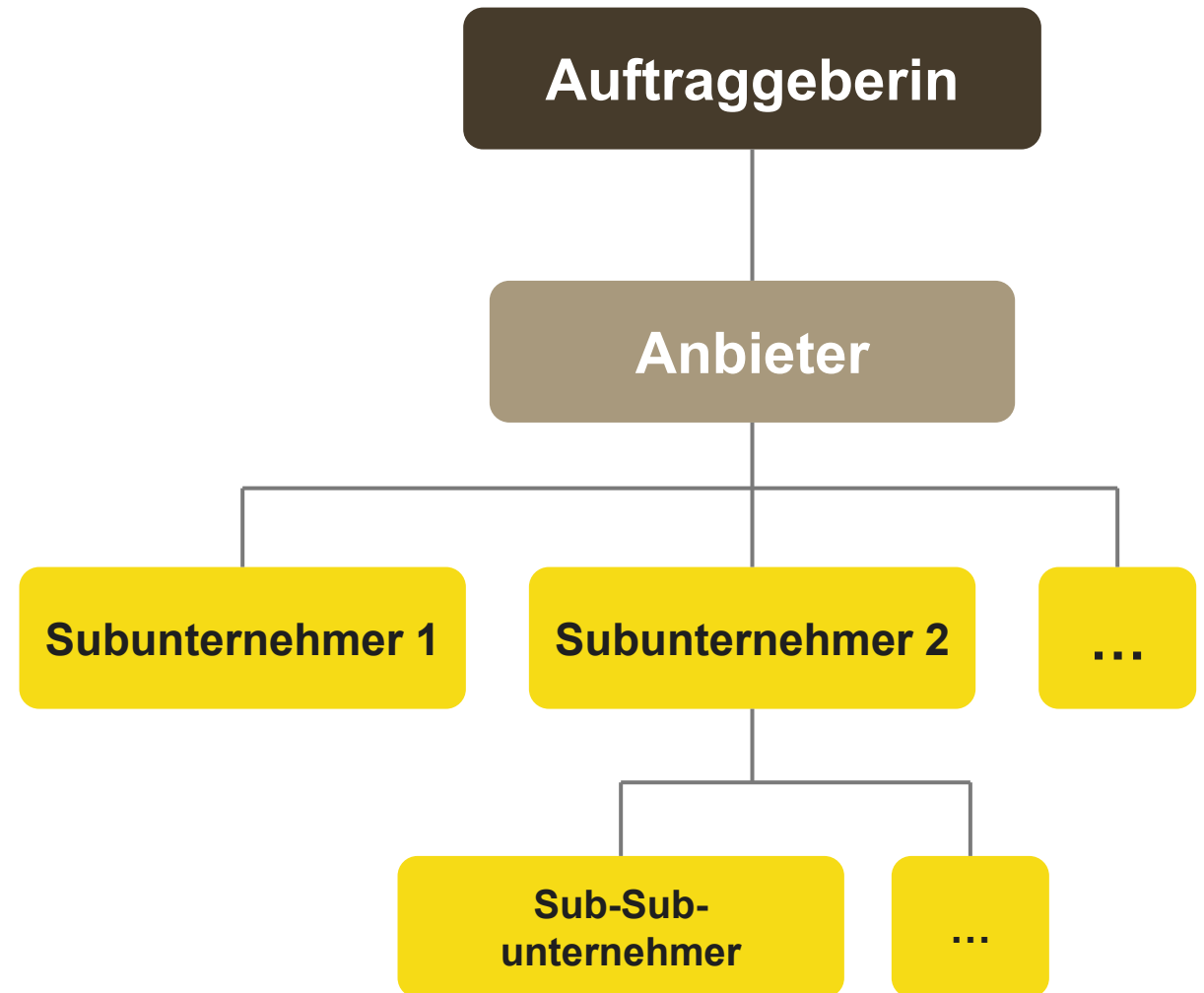


Agenda

- I. Definition / Abgrenzung
- II. Einsatz von Subunternehmern: Zulässigkeit / Grenzen
- III. Anforderungen an Subunternehmer
- IV. Zusammenfassung

Definition: Was ist ein Subunternehmer?

- Rechtlich selbstständiges Unternehmen
- Vom Anbieter beigezogen
- Erbringt Teile der Leistung in eigener Verantwortung
- Gilt auch für Subplaner etc.
- Keine Vertragsbeziehung zu Auftraggeberin



Abgrenzung: Wer ist kein Subunternehmer?

Bietergemeinschaft

- Gemeinsames Angebot, Bietergemeinschaft ist Anbieter
- Einfache Gesellschaft

Rechtsfolge

- Direkte Rechtsbeziehung zu Auftraggeberin

Lieferant

- Vorgelagerte oder untergeordnete Leistung, liefert Material oder Grundstoffe
- Funktionale Betrachtung – nicht die Bezeichnung zählt

Rechtsfolge

- Keine Teilnahmebedingungen
- Steuerung nur über technische Spezifikationen

Personalverleih

- Stellt Arbeitskräfte zur Verfügung
- Tätig unter Verantwortung des Anbieters

Rechtsfolge

- Eigenleistung des Anbieters

Rechtsprechung

- BGE 151 I 113
- BGer 2C_325/2023, 24.5.2024
- BGer 2C_661/2019, 17.3.2021

Zulässigkeit: Im Grundsatz Ja

Art. 31 Abs. 1 BöB/IVöB: Subunternehmer grundsätzlich zugelassen.

Zulassung dient mehreren Zielen:



Wirtschaftsfreiheit

Art. 27 BV – Organisationswahl
beim Anbieter



Wirtschaftlichkeit

Art. 2 lit. a BöB/IVöB – make-or-
buy beim Anbieter



Wettbewerbsförderung

Art. 2 lit. d BöB/IVöB – mehr
Teilnehmer, breiteres Feld



Marktzugang & KMU

grosse/komplexe Aufträge auch für
kleine Akteure



Qualität & Innovation

Spezial-Know-how, Start-up-
Innovationen



Gleichbehandlung

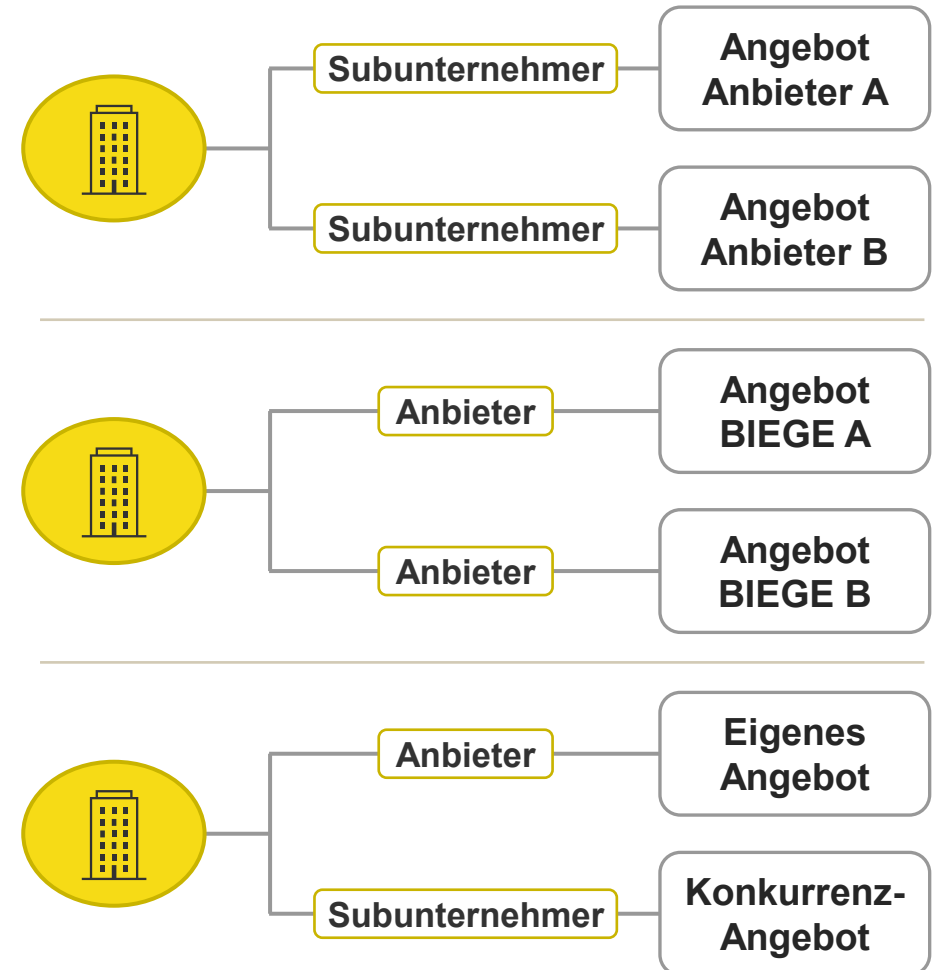
Art. 2 lit. c BöB/IVöB – unter-
schiedlicher Organisationsformen

Beschränkungen durch Auftraggeberin

- **Art. 31 Abs. 1 BöB/IVöB:** Ausschluss/Beschränkung möglich – Ermessen, aber kein freies Belieben
- **Sachliche Rechtfertigung:** projekt-spezifische Risiken für gehörige Vertragserfüllung
- **Mögliche sachliche Gründe:** erhöhte Sicherheitsanforderungen, Produktionssicherheit, Schnittstellenkomplexität
- **Nicht ausreichend:** pauschale schlechte Erfahrungen, allgemeine Mehrkosten-Annahmen
- **Verhältnismässigkeit:** mildere Mittel zuerst (Anzahl-Limit, Sub-Subverbot, Verbot für bestimmte Teilleistung, ZK "Leistung aus einer Hand")
- **Anfechtbar:** Beschwerde gegen Ausschreibung (Art. 53 Abs. 1 lit. a BöB/IVöB)

Mehrfachbewerbungen

- **Begriff:** dasselbe Unternehmen wirkt in mind. zwei unabhängigen Angeboten mit – als Anbieter oder Subunternehmer
- **Regel (Art. 31 Abs. 2 BöB/IVöB):** verboten, ausser ausdrücklich zugelassen
- **Zweck:** Kollusionsrisiken vermindern, Geheimwettbewerb wahren
- Pflicht zur Einzelfallabwägung – keine automatische Wettbewerbsbeeinträchtigung
 - Bei seltenem Know-how kann Mehrfachbeteiligung Wettbewerb stärken
 - Subunternehmer-Mehrfachbeteiligung grosszügig zulassen
- **Bei Verstoss:** Ausschluss aller betroffenen Angebote



Charakteristische Leistung

- **Art. 31 Abs. 3 BöB/IVöB:** charakteristische Leistung grundsätzlich vom Anbieter; bei ARGE/BIEGE genügt ein Mitglied.
- **Bestimmung:** Massgeblich sind Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen.
 - Nicht zwingend der umfangs- oder betragsmässig grösste Teil
 - Beispiel Generalunternehmer: Koordination ist die charakteristische Leistung
- **Begriff uneinheitlich:** Art. 8 (Gesamtleistung), Art. 31 Abs. 3 (Hauptleistung), Art. 39 Abs. 2 lit. b (Gesamtcharakter)

Prozentquoten als Falle

- **"Mindestens 50 % Eigenleistung" / "max. 35 % Subunternehmer"**
 - in der Regel sachlich nicht zu rechtfertigen
 - Interpretations- und Berechnungsprobleme
- **"Weissensteintunnel" (BVGer B-1483/2022, 13.7.2022):**
 - Subunternehmerquote max. 35 %, Berechnung unklar (E. 4.2)
 - Prozentquoten definieren den Leistungsinhalt nicht
- **"Galgenbucktunnel" (BVGer B-5563/2012, 28.2.2013)**
- **Empfehlung:** qualitativ definieren, welche Leistungen Eigenleistung sein müssen
 - z.B. Baumeisterarbeiten ja, Materialproben/Transporte nein

Wenn die Ausschreibung schweigt

"Kasernenmobiliar aus Holz" (BVGer B-6985/2023, 26.6.2024)

- Ausgangslage: "Herstellung und Lieferung von Holzmobiliar"
- Auftraggeberin definierte charakteristische Leistung nicht
- "Interpretative Gesamtschau"
- Auslegung unklarer Vorgaben zugunsten des Anbieters – auch hohes Mass an Fremdleistung zulässig



Aktuell: Urteil VGer Basel-Stadt

VGer BS VD.2025.46, 4.11.2025

- Ausgangslage: "Produktion und Belieferung von Mahlzeiten" – Produktion durch Subunternehmer
- Spannungsfeld: "Interpretative Gesamtschau" sprach "wohl eher" für Produktion als charakteristische Leistung – aber Fragerunde: "Sicherstellung" reicht
- Reine Koordinations-/Gesamtverantwortungsleistung kann charakteristisch sein.
- Ausschreibung (inkl. Fragerunde) geht Art. 31 Abs. 3 BöB/IVöB vor.

1. Ausschreibung + Fragerunde
Vorrang



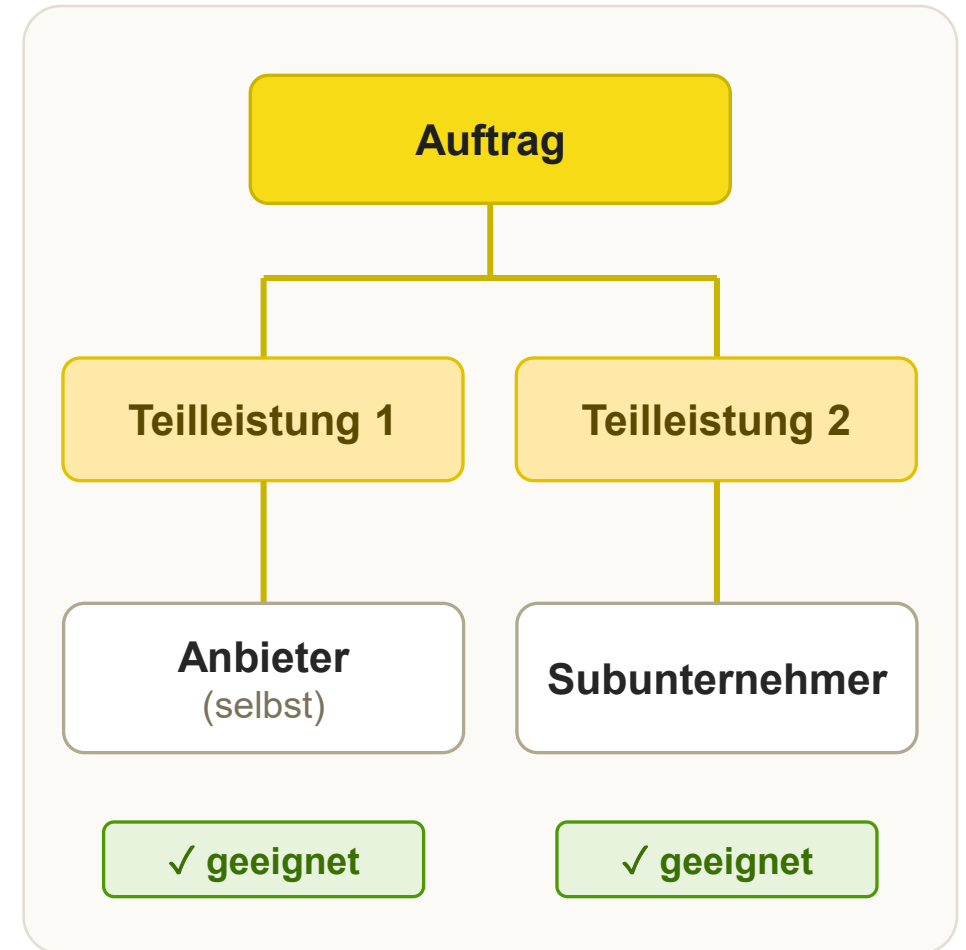
2. Art. 31 Abs. 3 BöB/IVöB
subsidiär

Teilnahmebedingungen

- **Geltungsbereich:** Anbieter und alle Subunternehmer – Lieferanten nicht (Art. 12 / 26 BöB/IVöB)
 - **Wettbewerblich (Art. 26 Abs. 1):** Steuern, Sozialversicherungen, keine Wettbewerbsabreden
 - **Sozial (Art. 12 Abs. 1, 2):** Arbeitsschutz, BGSA, Lohngleichheit; Ausland: ILO-Kernübereinkommen
 - **Ökologisch (Art. 12 Abs. 3):** Umweltvorschriften am Leistungsort
- **Sicherstellung:** Selbstdeklaration + vertragliche Überbindung entlang der Subunternehmerkette (KBOB-Verträge)
- **Verstoss:** Ausschluss des Angebots (Art. 44 Abs. 1 lit. a BöB/IVöB)
- **Nach Zuschlag:** Widerruf möglich; Sanktionen Art. 45 BöB/IVöB (Verwarnung, Ausschluss bis 5 Jahre, IVöB: Busse bis 10 %)

Eignungskriterien/Eignungsleihe

- **Begriff:** auftragsspezifische Anforderungen an Anbieter (fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie Erfahrung)
- **Festlegung:** in Ausschreibung oder Ausschreibungsunterlagen, objektiv erforderlich und überprüfbar (Art. 27 Abs. 1 BöB/IVöB)
- **Subunternehmer:** müssen für die tatsächlich vorgesehenen Leistungen geeignet sein
- **Eignungsleihe:** Anbieter kompensiert eigene Eignungsdefizite über Subunternehmer
 - verbindliche Zusicherung nötig
- **Bei Nichterfüllung:** Ausschluss des Angebots (Art. 44 Abs. 1 lit. a BöB/IVöB)



Zuschlagskriterien

- **Begriff:** leistungsbezogene Bewertungskriterien (Art. 29 Abs. 1 BöB/IVöB)
 - Preis, Qualität, Zweckmässigkeit, Nachhaltigkeit, etc.
- **Festlegung:** mit Gewichtung in Ausschreibung oder Ausschreibungsunterlagen (Art. 29 Abs. 3 BöB/IVöB), grosses Ermessen
- **Anrechnung Subunternehmer-Eigenschaften** (z.B. Schlüsselpersonen, Referenzen, Kapazitäten)
 - verbindliche Zusicherung nötig
- **"Leistung aus einer Hand" als Zuschlagskriterium?**
 - nur mit sachlicher Begründung (z.B. Schnittstellenrisiko)
 - höchstens untergeordnete Gewichtung (max. 10 %)

Austausch von Subunternehmern

Nach Ablauf Eingabefrist:

**Subunternehmer
zulässigerweise nicht
namentlich benannt**



Austausch unproblematisch

**Subunternehmer nicht
angekündigt**



nur mit Zustimmung der
Auftraggeberin

**Subunternehmer verbindlich
benannt / Eignungsleihe**



Austausch = Angebotsänderung

Voraussetzungen:
unverschuldet + gleichwertiger Ersatz

Nach Vertragsschluss:

Gemäss privatrechtl. Vertrag – aber: Teilnahmebedingungen und keine wesentliche Abweichung vom Zuschlag

Vertragliche Absicherungen

- **Haftung:** Subunternehmer ist Hilfsperson des Anbieters (Art. 101 OR)
 - bei befugter Substitution im Auftragsrecht nur Haftung für Auswahl/Instruktion (Art. 399 Abs. 2 OR) → Art. 399 Abs. 2 OR wegbedingen
- **Sicherstellung Teilnahmebedingungen:**
 - Überbindung entlang der Subunternehmerkette (nicht Lieferanten)
 - Informations- und Offenlegungspflichten sowie Prüf- und Auditrechte
 - Konventionalstrafen und Kündigungsrecht (ferner Sanktionen nach Art. 45 BöB/IVöB)
- **Absicherung gegen Zahlungsverzug und Insolvenz eines Leistungserbringers:**
 - Subunternehmer stellen Leistung ein, Verzögerung
 - Doppelzahlungsrisiko (Bauhandwerkerpfandrecht nach Art. 837 ZGB bzw. gesetzliche Bürgschaft nach Art. 839 ZGB)
 - Direktzahlungsrecht vorsehen

Wir fassen zusammen...

- **Zulässigkeit und Grenzen:**
 - Subunternehmer im Grundsatz zugelassen
 - Beschränkungen bedürfen sachlicher Rechtfertigung
 - Art. 31 Abs. 3 BöB/IVöB (Erbringung der charakteristischen Leistung durch Anbieter) greift nur subsidiär – Ausschreibung geht vor
 - Wenn beschränken: charakteristische Leistung klar und qualitativ definieren (welche Leistungen), nicht prozentual
 - Verzicht auf Vorgabe?
- **Anforderungen entlang der Lieferkette:**
 - Teilnahmebedingungen gelten für Anbieter und Subunternehmer; nicht für Lieferanten
 - Eignungs- und Zuschlagskriterien können gemeinsam erfüllt werden (Eignungsleihe/Anrechnung)



Pause!

