

Kartellrechtliche Zulässigkeit von Arge-Bildungen in der Bauwirtschaft

I. Aktuelle Rechtslage

Mit der Kartellgesetznovelle 2002 ist die sog. „Freistellungsverordnung“ für Bau-Arbeitsgemeinschaften¹ mangels gesetzlicher Grundlage weggefallen. Arbeitsgemeinschaften sind daher spätestens seit damals nicht mehr per se kartellrechtsimmun.

Dementsprechend ist im Vorfeld jeder Arge-Gründung genau zu prüfen, ob die geplante Zusammenarbeit kartellrechtlich zulässig ist oder nicht. Die Kriterien für diese Prüfung wurden in einem Gutachten von Dr. Wollmann² im Jahr 2006 sinngemäß wie folgt umschrieben:

- Die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft ist kartellrechtlich unbedenklich, wenn für die beteiligten Unternehmen eine selbstständige Teilnahme an der Ausschreibung entweder nicht möglich oder aber wirtschaftlich nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig wäre. Ist daher die unternehmerische Entscheidung gegen eine Alleinbewerbung objektiv und wirtschaftlich begründbar, so ist von der kartellrechtlichen Zulässigkeit auszugehen. Bei der Beurteilung sind Faktoren wie Erfüllung von Eignungsvoraussetzungen, Minderung des Ausführungsrisikos (z.B. im Fall unzureichender Kapazitäten) oder konkrete Kosteneinsparungen maßgeblich.
- Naturgemäß nicht argumentierbar sind wettbewerbliche Überlegungen, also namentlich das Bestreben, die Zahl konkurrierender Angebote zu reduzieren oder - ganz allgemein - der Wunsch nach Schaffung eines Klimas der Kooperation statt der wettbewerblichen Konfrontation. Eine Bietergemeinschaft ist dann kritisch zu beurteilen, wenn zu befürchten ist, dass sie spürbar nachteilige Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse hat. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob die Mitglieder der Bietergemeinschaft im Zeitpunkt der Angebotslegung davon ausgehen können, dass sie keinem intensiven Außenwettbewerb durch andere Bieter oder Bietergruppen ausgesetzt sind.
- Falls Arbeitsgemeinschaften zu einer wettbewerblich nachteiligen Verengung der Bieterstruktur führen, können sie unter bestimmten Umständen dennoch gemäß § 2 Abs 1 KartG kartellrechtlich zulässig sein. In diesem Fall müssen sich durch die Arge-Bildung

¹ § 11 Z. 1 lit c der Durchführungsverordnung zu § 17 KartG 1988

² E. Schneider / H. Wollmann, Gutachten im Auftrag der VIBÖ, 2/2006 (siehe auch VIBÖ-RS Nr. 12/2006)

klare und nachweisbare Vorteile für den Auftraggeber (insbesondere Preisvorteile durch Weitergabe von Kosteneinsparungen) ergeben, welche nicht auf andere Weise erzielbar sind.

- Weiters sind gemäß § 2 Abs 2 Z 1 KartG sog. Bagatellkartelle vom Kartellverbot ausgenommen. An derartigen Kartellen dürfen nur Unternehmer beteiligt sein, die gemeinsam am gesamten inländischen Markt nicht mehr als 5 % und an einem inländischen räumlichen Teilmarkt nicht mehr als 25 % Marktanteil haben.

Das Gutachten von Dr. Wollmann kommt zusammenfassend zu dem Schluss, dass Arbeitsgemeinschaften keinesfalls rein routinemäßig oder aus „strategischen Gründen“ gebildet werden dürfen. Vielmehr muss vor einer beabsichtigten Kooperation stets eine objektiv nachvollziehbare Bewertung stattfinden.

Um diese Bewertung in der täglichen Praxis zu erleichtern, wurde unter Federführung von Univ.-Prof. Kropik eine Muster-Checkliste³ ausgearbeitet, mit der die wirtschaftlichen Überlegungen für eine Arge-Bildung systematisch beurteilt und dokumentiert werden können.

II. Fachliteratur und Verwaltungspraxis

Seit der Veröffentlichung des Gutachtens von Dr. Wollmann im Jahr 2006 sind zahlreiche einschlägige Fachbeiträge erschienen, welche das Thema aus verschiedensten Blickwinkeln beleuchten und ein breites, teilweise aber uneinheitliches rechtliches Meinungsspektrum wiedergeben:

Autor(en)	Titel	Publikation	Datum
S. Raith M. Ebner	Wettbewerbsbeschränkungen durch Produktionsgemeinschaften in der Bauwirtschaft	Wirtschaftsrechtliche Blätter (wbl)	03/2007
T. Eismannsberger M. Holoubek	Zur kartellrechtlichen Überprüfung von Angeboten einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren	Ö. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ÖZW)	05/2008
F. Keschmann	Nichts Neues zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Bietergemeinschaften	Recht und Praxis der öff. Auftragsvergabe (RPA)	01/2009
F. Rüffler	Kartellrechtswidrige Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren	Recht und Praxis der öff. Auftragsvergabe (RPA)	06/2009
T. Thanner	Kartell- und Vergaberecht - Abgrenzungsfragen	NWV-Jahrbuch - Neuer Wissenschaftlicher Verlag	07/2009
B. Elsner	Kartellrechtliche Zulässigkeit von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften	ZVB Spezial Vergaberecht und Bauvertragsrecht	09/2010
K. Gugler	Ökonomische Auswirkungen von Bau-Arbeitsgemeinschaften in Österreich	Bau aktuell	01/2012
H. Wollmann	Arbeitsgemeinschaften und Kartellrecht	Bau aktuell	01/2012

³ A. Kropik / L. Prestros, Checkliste ARGE-Bildung im Auftrag der VIBÖ, 9/2006 (siehe auch VIBÖ-RS Nr. 42/2006)

So unterschiedlich die in der Fachliteratur anzutreffenden Einzelmeinungen auch sind, so deutlich zeigt sich der Trend, dass mit diesem Thema heute wesentlich sensibler umgegangen wird als noch vor einigen Jahren. Diese Sensibilisierung ist keinesfalls auf die rechtstheoretische Diskussion in der Fachliteratur beschränkt.

So hat beispielsweise der Generaldirektor für Wettbewerb, Dr. Thanner, bei einer Diskussionsveranstaltung im Jahr 2009 hinsichtlich Arge-Bildungen betont, *„dass jeder Unternehmer gut beraten ist, die kartellrechtliche Zulässigkeit zu prüfen ...“* und in weiterer Folge mit folgender Ankündigung aufhorchen lassen: *„Wir werden, wenn es einen passenden Anlassfall gibt, hier auch eine kartellrechtliche Entscheidung herbeiführen. ...“*⁴

Viele öffentliche Auftraggeber haben mittlerweile klare hausinterne Vorgaben geschaffen, wie bei einem Verdacht auf wettbewerbswidrige Arge-Bildungen vorzugehen ist.

So hat z.B. die ASFINAG BMG mit Jahresbeginn 2012 ein internes „Merkblatt zur Angebotsprüfung bei Verdacht auf Verstoß gegen die Grundsätze des freien, fairen und lautereren Wettbewerbs“ herausgegeben. In diesem Merkblatt sind u.a. auch Arge-Bildungen zwischen den sechs größten österreichischen Bauunternehmungen als aufklärungsbedürftiger „Verdachtsfall“ definiert, sofern die jeweilige Auftragsgröße unterhalb gewisser Grenzen liegt. Die Auftragsvolumina, bis zu denen die ASFINAG von einer nicht notwendigen Arge-Bildung ausgeht und dementsprechend lückenlos eine objektive Begründung durch die Bieter verlangen wird, liegen zwischen 5 und 50 Mio. € (je nachdem, ob eine zwei- oder mehrgliedrige Arge gebildet wurde bzw. ob ein einfaches oder komplexes Bauvorhaben vorliegt). Die Konsequenzen einer aus Sicht der ASFINAG nicht plausiblen Aufklärung reichen laut Merkblatt - je nach Sachverhalt - vom Ausscheiden des konkreten Angebotes aus dem Vergabeverfahren bis hin zur Einbringung einer Sachverhaltsdarstellung bei der Bundeswettbewerbsbehörde oder bei der Staatsanwaltschaft.

III. Kartellgesetz-Novelle 2012

Ein vor kurzem zur Begutachtung ausgesandter Ministerialentwurf für eine Novelle zum Kartellgesetz 2005 sieht unter anderem neue Grenzwerte⁵ für die Regelung der Bagatellkartelle in § 2 Abs 2 Z 1 KartG vor. Darüber hinaus ist aber auch geplant, dass wettbewerbs-

⁴ Referat von T. Thanner / Generaldirektor der Bundeswettbewerbsbehörde anlässlich einer Vergaberechtersitzung am 24.3.2009 im Bundesvergabeamt

⁵ Statt bisher gemeinsam maximal 5 % Anteil am gesamten Inlandsmarkt bzw. 25 % am räumlichen Teilmarkt soll nunmehr auch national die sog. De-Minimis-Bekanntmachung der EU-Kommission (2001/C368/07) zur Anwendung kommen. Bei horizontalen Kartellen (an denen Unternehmer beteiligt sind, die zueinander im Wettbewerb stehen) soll damit in Zukunft die Bagatellausnahme nur dann greifen, wenn diese Unternehmen gemeinsam einen „relevanten“ Marktanteil von unter 10 % aufweisen.

beschränkende Vereinbarungen, die auch die Festsetzung von Verkaufspreisen zum Gegenstand haben, generell nicht mehr von der Bagatellregelung erfasst sein sollen. Da Bietergemeinschaften zwangsläufig die Festsetzung eines Verkaufspreises (nämlich den Preis für das gemeinsame Angebot) erforderlich machen, würde die Neuregelung zusätzliche Rechtsunsicherheiten bei Arge-Bildungen mit sich bringen.

IV. Resümee aus Sicht der VIBÖ

Die mittlerweile durchaus umfangreiche Fachliteratur zur kartellrechtlichen Beurteilung von Arge-Bildungen in der Bauwirtschaft macht deutlich, dass selbst in der Theorie und unter Kartellrechtsexperten einige Zweifelsfragen bestehen und nicht restlos geklärt ist, wo genau die Grenze der kartellrechtlichen Zulässigkeit zu ziehen ist.

Für die Praxis bedeutet diese komplexe und unklare Rechtssituation, dass im Vorfeld einer geplanten Arge-Bildung nicht immer eindeutig und zweifelsfrei festgestellt werden kann, ob diese Arge-Bildung auch tatsächlich mit dem Kartellrecht in Einklang steht. Im Zweifelsfall wird daher eine Arge-Bildung unterbleiben müssen, selbst wenn dies für den Auftraggeber Vorteile bringen könnte.

Im Sinne einer höheren Rechtssicherheit fordert die VIBÖ, entweder ganz generell eine Nachfolgeregelung zur seinerzeitigen „Freistellungsverordnung“ für Bau-Arbeitsgemeinschaften (§ 11 Z 1 lit c der Durchführungsverordnung zu § 17 KartG 1988) zu schaffen oder aber zumindest - aus Anlass der o.a. Novellierung des KartG 2005 - auf nationaler Ebene eine Klarstellung (idealerweise im Wege einer Verordnung nach § 3 KartG 2005) zu treffen, dass Bietergemeinschaften, wie sie etwa in der Bauwirtschaft üblich sind, als Fall einer „gemeinsamen Produktion“ im Sinne der Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission für Spezialvereinbarungen (Verordnung Nr. 1218/2010 vom 18.12.2010) zu sehen sind.

Rückfragehinweis:

Mag. Michael Steibl
Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs
Tel. 01/5041557-2116
E-Mail: steibl@viboe.at
Web: www.viboe.at

Wien, im Februar 2012