

**Stellungnahme zu den
Besonderheiten der Preisbildung in Bauindustrie und
Baugewerbe
unter besonderer Beachtung des BVergG und der
ÖNORM B 2061
im Hinblick auf Auswirkungen kartellrechtswidriger Ab-
sprachen**

VERFASSER:

Andreas Kropik

Dipl.-Ing. Dr. techn.

Professor für Bauwirtschaft und Baumanagement (TU-Wien)

AUFTRAGGEBER

VIBÖ

1040, Schaumburgergasse 20

DATUM

17.08.2023

0 Inhaltsverzeichnis

0	Inhaltsverzeichnis.....	2
1	Auftrag und Zusammenfassung.....	4
1.1	Auftrag.....	4
1.2	Zusammenfassung.....	5
2	Verfasser.....	8
3	Bauwirtschaft, Vergaberecht und Preisbildung	9
3.1	Die Bauleistung und deren Beschreibung	9
3.2	Betriebswirtschaftliche Grundlagen – die Baukalkulation und die ÖNORM B 2061	12
3.2.1	Art der Kalkulation	12
3.2.2	Darstellung der Kalkulation (ÖN B 2061).....	13
3.3	Betriebswirtschaftliche Grundlagen – Kosten- und Preisbildung...	16
3.3.1	Allgemeine Preispolitik von Bauunternehmen.....	16
3.3.2	Gleichmäßige Auslastung als kostendämpfender Umstand ..	17
3.4	Transparenter Markt	19
3.4.1	Markttransparenz.....	19
3.4.2	Preistransparenz	20
3.4.2.1	Preistransparenz für die Bieter.....	20
3.4.2.2	Detailpreise, Kostenstruktur und Kostenansätze liegen dem AG offen vor	20
3.4.2.3	Preiskennntnis des AG aus anderen Quellen	20
3.5	Rahmenbedingungen für Ausschreibung, Angebot und Zuschlag (BVergG)	22
3.5.1	Kostenermittlung und geschätzter Auftragswert als Pflicht des AG	22

3.5.2	Ausschreibungsverfahren	23
3.5.3	Prüfung der Preise und Feststellung der Preisangemessenheit als vergaberechtliche Pflicht des AG.....	23
4	Überlegungen zur Feststellung einer realistischen Schadenschätzung	26
4.1	Das vorgeworfene Verhalten	26
4.2	Gutachterliche Stellungnahme zum möglichen Einfluss der kartellstabilisierenden Maßnahmen auf das Kosten- und Preisniveau...	28
4.2.1	1. Grund: Der geschätzte Auftragswert ist ein Benchmark..	29
4.2.2	2. Grund: Hohe Preisabweichungen und unplausible Kostenansätze wären bei der Angebotsprüfung aufgefallen	29
4.2.3	3. Grund: Relativ niedrige Auftragssumme	29
4.2.4	4. Grund: Geringe Anzahl von involvierten Unternehmen ...	30
4.2.5	5. Grund: Keine nachhaltige Beeinflussung der "Erfahrungswerte" der AG (Baupreisdatabanken).....	31
4.2.6	Keine Verbesserung der Ertragskennzahlen	32
4.2.7	Weitere Hinweise	33
5	Ergebnis.....	34

1 Auftrag und Zusammenfassung

1.1 Auftrag

In der Causa "Baukartelle - Straßenbau" geht es laut WKStA (20.07.2021) um rund 1.500 Bauvorhaben die geprüft werden.¹ Ermittlungen würden gegen rund 680 namentlich bekannte Beschuldigte, darunter ca. 135 Verbände, geführt. Gemäß Verdachtslage bestand über einen Zeitraum von zumindest einem Jahrzehnt ein System von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Vergabeverfahren vorwiegend im Bereich des Tief- und Straßenbaus.²

Im weiteren Zeitverlauf wurden die Zahlen offenbar noch angepasst, wobei zuletzt von rd 80 Unternehmen und 2.000 Auftragsvergaben in einem Zeitraum von 2002 bis 2017 die Rede war.³

Kolportiert wird, dass durch das kartellwidrige Verhalten ein Schaden von etwa 20 % des Auftragsvolumens eingetreten sei.⁴ Von anderer Stelle wird

¹ <https://www.justiz.gv.at/wksta/wirtschafts-und-korruptionsstaatsanwaltschaft/medienstelle/pressemitteilungen/weitere-hausdurchsuchungen-in-der-causa-baukartelle-strassenbau.a95.de.html;jsessionid=E5C6B3FEE9017C6E630580DB08A19EB8>; auch Salzburger Nachrichten <https://www.sn.at/wirtschaft/oesterreich/ermittlungen-zum-baukartell-ausgeweitet-die-staatsanwaltschaft-prueft-135-firmen-und-680-verdaechtige-106856830> (beides abgerufen am 20.03.2023).

² Wie FN 1.

³ <https://solidbau.at/news/baukartell-bwb-stellt-nun-auch-geldbussenantrag-gegen-gebrueder-haider/> (23.03.2023).

⁴ <https://baukartell.at/en/the-construction-cartel/> (22.03.2023).

eine Schadenshöhe von 11 bis 17 Milliarden Euro⁵ genannt und andere sprechen von einem Schaden von durchschnittlich über 1 Mio Euro⁶ pro Vergabeverfahren.

Diese Expertise soll einen Beitrag für seriöse Überlegungen zu einer möglichen Schadenshöhe liefern. Insbesondere bauwirtschaftliche Überlegungen stehen dabei im Fokus.

Um den Gutachtensauftrag zu erfüllen, beschreibt das vorliegende Gutachten zunächst die relevanten bauwirtschaftlichen und vergaberechtlichen Regulative für Auftraggeber (AG) und Bieter bzw Auftragnehmer (AN), analysiert diverse Grundlagen und die festgestellten kartellstabilisierenden Maßnahmen.

1.2 Zusammenfassung

Bauleistungen werden in der Regel konstruktiv auf Basis von Standardleistungsbeschreibungen ausgeschrieben. Die projektspezifischen Leistungsverzeichnisse zergliedern die Leistung in oft mehrere hundert Positionen (siehe Kapitel 3.1).

Jedes Angebot preist jede Position in ihre Preisanteile Lohn und Sonstiges aus. Die zugehörige Kalkulation erfolgt dermaßen, dass für jede Position (soweit relevant) die Personalkosten, die Materialkosten und die Gerätekosten nach dem Schema der Zuschlagskalkulation ermittelt werden. Um den Aufbau der Kalkulation für den Zweck der Preisprüfung zu vereinheitlichen, besteht die ÖNORM B 2061 (siehe Kapitel 3.2.1). Die ÖNORM verlangt eine sehr konkrete Darstellung der Preisermittlung. Zunächst ist die Herleitung der Faktorkosten in den K-Blättern (Kalkulationsformblätter) gefordert: K3-

⁵ 17 Mrd sind 17.000 Millionen oder 17.000.000.000. Zum Vergleich: Im Jahr 2011 betrug der Bauproduktionswert rd 14.700 Mio Euro und davon der öffentliche Anteil rd 5.200 Mio Euro (Quelle: Statistik Austria).

⁶ <https://www.b-law.at/kernkompetenzen/kartellrecht-kartellrechtschadenersatz/baukartell/> (22.03.2023).

Blatt (Mittellohnkosten), K4-Blatt (Materialkosten) und K6-Blatt (Gerätekosten). Der Gesamtzuschlag ist ebenfalls detailliert nach seinen Bestandteilen (Geschäftsgemeinkosten, Bauzinsen, Wagnis und Gewinn) offenzulegen. Die Verknüpfung mit dem Faktoreinsatz (Einsatz von Arbeitsstunden, Materialeinsatz) erfolgt im K7-Blatt (3.2.2). Für die vom AG nach dem BVergG zwingend vorzunehmende Preisangemessenheitsprüfung liegen daher detaillierte Unterlagen vor.

Ein wesentlicher Umstand um Kosten senken zu können ist das Streben nach einer gleichmäßigen Auslastung der Produktionsfaktoren (Kapitel 3.3.2).

Der Markt stellt sich für die Bieter insofern transparent dar, weil sie die Angebotspreise ihrer Mitbewerber kennen. Nach dem BVergG sind die Bieter zwingend über alle Bieter samt den Angebotspreisen zu informieren. Bildet sich am Markt eine Insel hoher Preise, werden sofort weitere Bieterkreise angesprochen (3.4.1). Daher entwickelt sich ein Regelkreis, der auf allfällig zu hoher Preise dämpfend einwirkt.

Nicht nur die Preise, sondern auch die Kosten liegen für den AG transparent offen (3.4.2.2). Die von der ÖNORM B 2061 vorgesehene Darstellung der Kalkulation lässt den AG tief in die Kosten- und Preisgestaltung der Bieter blicken.

Der AG hat sachverständig vor Einleitung eines Vergabeverfahrens den Auftragswert zu schätzen (3.5.1), grundsätzlich in einem Vergabeverfahren mit unbeschränktem Bewerber- oder Bieterkreis auszuschreiben (3.5.2) und die Angebotspreise einer Preisangemessenheitsprüfung und gegebenenfalls einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen. Die Preisprüfung hat sachverständig zu erfolgen und geht bis in die Tiefe der Prüfung der gesamten vom Bieter offenzulegenden Kalkulation (3.5.3). Der AG darf nur Angeboten mit angemessenen Preisen den Zuschlag erteilen.

Auf die Analyse der vorgeworfenen kartellerhaltenden Maßnahmen (4.1), schließen die gutachterlichen Äußerungen an (4.2).

Zum Schluss ist zu gelangen, dass offenbar eine gleichmäßige Auslastung angestrebt wurde, also ein auf kostensenkende Maßnahmen fokussiertes Verhalten vorliegt, und keine kartellierte Anhebung der Preise.

Zu begründen ist das zunächst damit, dass bei "austauschbaren" Unternehmern, weil der Preis das ausschlaggebende Kriterium ist, ein kartellgenerierter "Vollschutz" praktisch unmöglich ist und der Wettbewerb mit den nicht in das Kartell eingebundenen Unternehmern einen Regelkreis darstellt, der ausufernde Preisgestaltung nicht zulässt.

Für ein Auslastungskartell, das vorrangig keinen Einfluss auf das Preisniveau hatte, sprechen folgende weitere Gründe:

- Der vom AG jeweils geschätzte Auftragswert stellt einen Benchmark dar. Angebotspreise weit darüber müssen zu Reaktionen des AG führen.
- Hohe Preisabweichungen und unplausible Kostenansätze fallen bei der Angebotsprüfung nach dem BVergG auf. Da die Prüfung durch fachkundige Personen zu erfolgen hat, kann ausgeschlossen werden, dass wesentliche "Überkostenansätze" nicht aufgefallen wären.
- Bei den unter Kartellverdacht stehenden Vergabeverfahren handelt es sich um Projekte mit einer relativ niedrigen durchschnittlichen Auftragssumme von wahrscheinlich unter Euro 300.000. Das spricht für einen breiten Wettbewerb, weil eine geringe Auftragsgröße auch kleineren Unternehmern den Zugang zum Markt ermöglicht.
- Die im Verhältnis geringe Anzahl von im Kartell involvierten Unternehmen spricht dafür, dass das Kartell keinen Vollschutz gewähren kann.
- Pro Jahr waren nach eigener und bereits hoch angesetzter Schätzung rd 80 Mio € Auftragsvolumen vom Kartell betroffen. In Bezug zum gesamten Produktionswert entspricht das nicht einmal 1 %. Dieses Volumen ist nicht imstande eine nachhaltige Beeinflussung der "Erfahrungswerte" der Auftraggeber (zB Werte der Baupreisdatabanken) nachhaltig zu beeinflussen, sodass ein hohes Preisniveau nicht aufgefallen wäre.
- Schlussendlich konnte auch keine Verbesserung der Ertragskennzahlen in der Branche festgestellt werden.

Die von mehreren Seiten kolportierten diversen Höhen eines Kartellschadens sind nicht plausibel. Vor allem auch wegen der Preisprüfungsinstrumente und der mit hoher Wahrscheinlichkeit nach den gesetzlichen Vorgaben vorgenommenen Preisprüfungen durch den AG sind sie, weil mit 20 % angegeben, unrealistisch hoch.

2 Verfasser

Univ.-Prof. DI DR Andreas Kropik

Professor für Bauwirtschaft und Baumanagement an der TU-Wien

Unternehmensberater und Allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger⁷

⁷ Fachgruppen: **72.1** Hochbau, Architektur: Nur für: Planungs- und Ausführungsmanagement, Baukostenwesen, bauwirtschaftliche Belange; **72.03** Kalkulation, Vergabewesen, Verdingungswesen, Bauabwicklung, Bauabrechnung; **72.05** Tiefbau: Nur für: Planungs- und Ausführungsmanagement, Baukostenwesen, bauwirtschaftliche Belange; **81.37** Honorare der Architekten, Ziviltechniker, Baumeister; **91.01** Betriebswissenschaft, Betriebswirtschaft: Nur für: Baubetriebswissenschaft, Baubetriebswirtschaft; **92.01** Kostenrechnung, Leistungsrechnung, Kalkulation, Betriebsergebnisrechnung: Nur für: Wirtschaftszweig Bauwesen

3 Bauwirtschaft, Vergaberecht und Preisbildung

3.1 Die Bauleistung und deren Beschreibung

Bauleistungen sind praktisch immer Unikate. Sie werden nach den Vorgaben der Auftraggeber errichtet. In der Regel liegt die Planung und Ausschreibung sowie das Vergabeverfahren in den Händen der Auftraggeber.

Für Ausschreibungen im Tiefbau werden praktisch immer **konstruktive Leistungsverzeichnisse** erstellt. Die Gesamtleistung wird mit einer Vielzahl von Einzelleistungen beschrieben und mengenmäßig erfasst (Positionen).

Generiert werden die Leistungsverzeichnisse nach den projektspezifischen Vorgaben aus **Standardleistungsbeschreibungen**. Im Tiefbau ist das die Leistungsbeschreibung Verkehrsinfrastruktur (LB-VI) mit der Projekte des Straßenbaus, Kanal- und Wasserleitungsbau, Bahnbaus oder Tunnelbaus ausgeschrieben werden können. Vormals war für den Kanal- und Wasserleitungsbau das Musterleistungsbuch für den Siedlungswasserbau (LB-SIW), das auch zugehörige Straßenbauleistungen enthält relevant, weil die LB-VI erst seit wenigen Jahren den Siedlungswasserbau vollständig abdeckt. Aber auch heute noch werden Projekte nach dem LB-SIW ausgeschrieben.

Die Standardleistungsbeschreibungen enthalten jeweils mehrere tausend Positionen. Unter Zugrundelegung dieser Standards werden die für eine Projektrealisierung erforderlichen Leistungen sehr detailliert (positionsweise) festgelegt. Nachfolgend einige Beispiele aus der LB-VI:

264460B	BBTM 5A,PmB45/80-65,G1, 2cm Fahr/Abst	m²
264465	Bituminöse lärmindernde Dünnschichtdecke heiß mit den Kennzeichnungen Sorte x, Typ x, Bindemittelsorte x, Gesteinsklasse x, im verdichteten Zustand x cm dick für Fahrbahnen und Abstellstreifen herstellen. Gesondert vergütet wird: <ul style="list-style-type: none"> • das Reinigen bei bereits unter Verkehr liegenden Asphaltsschichten, • ein erforderliches Vorspritzen. 	
264465A	BBTM 8B,PmB45/80-65,G1, 2cm Fahr/Abst	m²
264465B	BBTM 8B PmB45/80-65,G1, 2,5cm Fahr/Abst	m²
264468	Bituminöse lärmindernde Dünnschichtdecke heiß mit den Kennzeichnungen Sorte x, Typ x, Bindemittelsorte x, Gesteinsklasse x, mit Modifizierungszusatz x, im verdichteten Zustand x cm dick für Fahrbahnen und Abstellstreifen herstellen. Gesondert vergütet wird: <ul style="list-style-type: none"> • das Reinigen bei bereits unter Verkehr liegenden Asphaltsschichten, • ein erforderliches Vorspritzen. 	
264468A	BBTM 8B,PmB45/80-65,G1,Ka25, 2cm Fahr/Abst	m²
	Modifiziert mit Calciumhydroxid (Ka). Der extrahierte Füller muss einen Calciumhydroxidgehalt ≥ 25 Masse-% aufweisen.	
264468B	BBTM 8B,PmB45/80-65,G1,Ka25, 2,5cm Fahr/Abst	m²
	Modifiziert mit Calciumhydroxid (Ka). Der extrahierte Füller muss einen Calciumhydroxidgehalt ≥ 25 Masse-% aufweisen.	
264470	Bituminöse Dünnschichtdecke kalt mit polymermodifizierter Bitumenemulsion Sorte x, Größtkorn x mm, Verkehrsbelastung x, PSV-Wert x, LA-Wert x, Einbaugewicht x kg/m ² bezogen auf eine Gesteinsrohddichte von 2,7 g/cm ³ (bei höheren oder niedrigeren Gesteinsrohddichten ist das Einbaugewicht entsprechend zu erhöhen bzw. zu vermindern), für Fahrbahnen und Abstellstreifen herstellen. Gesondert vergütet wird: <ul style="list-style-type: none"> • das Reinigen bei bereits unter Verkehr liegenden Asphaltsschichten, • ein erforderliches Vorspritzen. 	
264470A	DDK5,H,PSV50,LA15,16kg/m2, Fahr/Abst	m²
264470B	DDK5,H,PSV50,LA17,16kg/m2, Fahr/Abst	m²
264470C	DDK5,H,PSV50,LA20,16kg/m2, Fahr/Abst	m²

290603A	Mosaik,Granit,4,5/4,5/4,5,MPS1,S,SF,AN	m ²
290603B	Mosaik,Granit,4,5/4,5/4,5,MPS1,S,SF,AG	m ²
290605	Aufzahlung für die erschwerte Pflasterung in geraden, geschnürten Scharen für Format x/x/x cm bzw Type x.	
290605A	Az gerade, geschnürte Scharen 11/11/11 KPS3	m ²
290605B	Az gerade, geschnürte Scharen 9/9/9 KPS2	m ²
290605C	Az gerade, geschnürte Scharen 7/7/7 KPS1	m ²
290605D	Az gerade, geschn.Scharen 4,5/4,5/4,5 MPS1	m ²
290606	Aufzahlung für die erschwerte Pflasterung in Schuppenform mit ein- oder mehrfarbigen Steinen für Format x/x/x cm bzw. Type x.	
290606A	Az Schuppenform 7/7/7 KPS1	m ²
290606B	Az Schuppenform 4,5/4,5/4,5 MPS1	m ²
290607	Aufzahlung für die erschwerte Pflasterung im Passeverband für Format x/x/x cm bzw. Type x.	
290607A	Az Passeverband 11/11/11 KPS3	m ²
290607B	Az Passeverband 9/9/9 KPS2	m ²
290607C	Az Passeverband 7/7/7 KPS1	m ²
290607D	Az Passeverband 4,5/4,5/4,5 MPS1	m ²
290608	Az für Muldenausbildung Kleinsteinpflaster Aufzahlung für die erschwerte Pflasterung bei Muldenausbildung.	m
290610	Aufzahlung für die Herstellung und Einbringung einer Mörtelbettung 3-6 cm dick sowie die erschwerte Pflasterung in Mörtel bei Kleinsteinpflaster bzw. Mosaiksteinpflaster mit Mörtel x.	
290610A	Az Mörtelbettung Kleinsteinpfl.Rezeptmörtel	m ²
290610B	Az Mörtelbettung Kleinsteinpfl.Werksmörtel	m ²
290615	Aufzahlung für die Herstellung eines Fugenvergusses mit Zementmörtel bei Kleinstein- bzw. Mosaiksteinpflaster mit Mörtel x.	
290615A	Az Fugenverguss ZM Kleinstein. Rezeptmörtel	m ²
290615B	Az Fugenverguss ZM Kleinstein. Werksmörtel	m ²
290616	Az Grasfugenfüllung Kleinsteinpflaster	m ²

Abbildung 3.1: Auszüge aus der LB-VI

Der, aus den obigen Abbildungen ersichtliche Detaillierungsgrad der Standardleistungsbeschreibungen bewirkt, dass bereits bei kleinen bis mittelgroßen Projekten die Leistung mit mehreren 100 Positionen festgelegt wird. Pro Position müssen die Bieter den Einheitspreis – aufgeteilt in die Preisan-teile LOHN und SONSTIGES – angeben und darüber hinaus häufig die Preisgestaltung, mittels offen zu legendener Detailkalkulation, belegen.

Obwohl die einzelnen Bauwerke Unikate darstellen, sind ihre Teilleistungen (Einheitspreise für gleiche Positionen unterschiedlicher Bauwerke) jedoch vergleichbar, weil sie der gleichen Quelle, der Standardleistungsbeschreibung, entstammen.

Der Vorteil der Verwendung von Standardleistungsbeschreibungen liegt für den Auftraggeber unter anderem darin, überhaupt eine **Baupreisdatenbank entwickeln** zu können. Diese ermöglicht den Auftraggebern

- für den Zweck der **Budgetierung** eine realistische Kostenermittlung vornehmen zu können,
- den geschätzten **Auftragswert** gem BVergG ermitteln zu können und
- eine Angebotsprüfung (**Preisprüfung**) gem BVergG vornehmen zu können.

Baupreisdatenbanken führen praktisch alle institutionalisierten (öffentlichen) Auftraggeber⁸ und viele Ingenieurbüros die sich (auch) mit Ausschreibung und Vergabe beschäftigen.

3.2 Betriebswirtschaftliche Grundlagen – die Baukalkulation und die ÖNORM B 2061

3.2.1 Art der Kalkulation

Die Kalkulation wird nach der klassischen Zuschlagskalkulation vorgenommen. Zunächst werden jeder Position des Leistungsverzeichnisses die direkt zuordenbaren Kosten zugerechnet (direkte Kosten) und danach werden die Geschäftsgemeinkosten, Finanzierungskosten (Bauzinsen) sowie Wagnis und Gewinn aufgeschlagen (in der Bauwirtschaft als Gesamtzuschlag bezeichnet).

⁸ Siehe etwa Bericht des **Rechnungshofs** aus 2012 (Zl 860.133/002–1B1/12): "*Der Empfehlung des RH, Abweichungen von standardisierten Leistungs- bzw. Begriffsbestimmungen zu vermeiden bzw. beschränken, sei die ASFINAG Bau Management GmbH insofern bemüht nachzukommen, als sie die Abweichungen auf ein notwendiges Minimum reduziere und an der Schaffung neuer Standards — wie an der neuen Leistungsbeschreibung Technischer Infrastrukturbau oder an der Initiative einer eigenen Standardleistungsgruppe für Tunnelsanierungen — mitwirke. Die ASFINAG Bau Management GmbH wies auch auf die im Herbst 2011 erfolgte Umsetzung der Bestrebungen zur Standardisierung im Leitfaden „Anticlaiming“ und die Schaffung einer Baupreisdatenbank mit entsprechendem Bezug hin.*" https://www.parlament.gv.at/dokument/XXV/III/10/imfname_328589.pdf (21.03.2023)

Die Grundformel der Kalkulation für die Ermittlung der direkten Kosten lautet:

$$\text{Einsatz des Produktionsfaktors} \times \text{Faktorkosten}$$

Die relevanten Produktionsfaktoren sind Arbeit, Material und Gerät.

- Für die Arbeit zB:

1,0 Std/m² x 35 €/Std (der Einsatz des Produktionsfaktors Arbeit ist 1 Stunde je Leistungseinheit (m²), auch als Aufwandswert bezeichnet und die Faktorkosten sind 35 €/Std, auch als Mittelohnkosten bezeichnet).

- Oder für Material zB:

0,30 m³/m² (zB ungebundenes Tragschichtmaterial im m³ pro m² Fläche (Fahrbahn) x 12 €/m³).

- Auf die ermittelten Kosten wird der Gesamtzuschlag hinzugerechnet.

Abbildung 3.2: Grundschemata der Zuschlagskalkulation

Die Kalkulation erfolgt dermaßen, dass **für jede Position** (soweit relevant) die Personalkosten, die Materialkosten und die Gerätekosten nach dem oben genannten Kalkulationsschema ermittelt werden. Um den Aufbau der Kalkulation für den Zweck der Preisprüfung und für die Ableitung von neuen Preisen für Zusatzangebote zu vereinheitlichen besteht die ÖNORM B 2061.

3.2.2 Darstellung der Kalkulation (ÖN B 2061)

Die Bauwirtschaft ist eine der wenigen Branchen mit einer **sehr transparenten Preisbildung indem die Kosten (Kalkulation) offenzulegen sind**. Das erfolgt nach der **ÖNORM B 2061** "Preisermittlung von Bauleistungen".

Anders als beim Einkauf von Waren (vom Mobiltelefon bis zum Kraftfahrzeug) erhält der Auftraggeber bei der Beschaffung von Bauleistungen einen sehr tiefen Einblick in die Kalkulation und Preisbildung des Bieters. Das ist

Branchenusus und gilt für öffentliche und nicht öffentliche Beschaffungen gleichermaßen.

Im öffentlichen Bereich besteht auch eine gesetzliche Grundlage (BVerG) zur Preis- und Kostenprüfung (siehe Kapitel 3.5).

Basis für die Darstellung der Kosten und der Preisermittlung ist die ÖNORM B 2061. Sie ist nur für Bauleistungen anzuwenden.

Die ÖNORM B 2061 besteht bereits seit dem Jahr 1947 und hat seitdem sechs Überarbeitungen erfahren; die letzte 2020. Ihr Ursprung liegt in der Nachkriegszeit zu der, neben dem Ziel zu einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung zu gelangen, auch noch planwirtschaftliche Lenkungsansätze vertreten wurden. In der Zeit des Wiederaufbaus kam es zu einem Bauboom und daher waren Preisfestlegungen und Prüfungen gegeben. Nach § 17 des Wohnhaus-Wiederaufbaugesetz (StF: BGBl. Nr. 130/1948) war Fondshilfe für die Wiederherstellung von Baulichkeiten nur dann zu gewähren, soweit die Kosten der beantragten Bauausführung die Kosten einer sachgemäßen, normalen Ausführung nicht übersteigen. Die ÖNORM B 2061 hat bis **heute die Funktion der Preisprüfung beibehalten.**

Die ÖNORM **verlangt eine sehr konkrete Darstellung der Preisermittlung.** Zunächst ist die Herleitung der Faktorkosten in den K-Blättern (Kalkulationsformblätter) gefordert: K3-Blatt (Mittelohnkosten bzw -preis), K4-Blatt (Materialkosten bzw -preis) und K6-Blatt (Gerätekosten bzw -preis). Der Gesamtzuschlag ist ebenfalls detailliert nach seinen Bestandteilen (Geschäftsgemeinkosten, Bauzinsen, Wagnis und Gewinn) offenzulegen (siehe Abbildung 3.3). Die Verknüpfung mit dem Faktoreinsatz (Einsatz von Arbeitsstunden, Materialeinsatz) erfolgt im K7-Blatt (Zur Darstellung dieses Rechenschritts siehe Abbildung 3.2).

Mit den K-Blättern kann eine Preisgestaltung, ausgehend von den Ursprungskosten (zB Kollektivvertragslohn oder Bezugspreis für Material) bis zum Einheits- oder Pauschalpreis einer Position (= Vertragspreis), lückenlos nachvollzogen werden.

Wie detailliert ein Unternehmer die Preisbildung darzulegen hat, zeigt ein Blick auf das K3-Blatt der ÖNORM B 2061:1999 (relevant für den fraglichen Zeitraum) Nicht nur die Lohngestaltung, auch der Gesamtzuschlag oder Umlagen sind darzustellen:

MITTELLOHNPREIS <input type="checkbox"/>	Firma:	FORMBLATT K 3	
REGIELOHNPREIS <input type="checkbox"/>		Erstellt am:	Seite:
GEHALTPREIS <input type="checkbox"/>		Preisbasis laut Angebotsunterlagen	
Bau:	FÜR MONTAGE <input type="checkbox"/>	Währung: €	
Angebot Nr.:	FÜR VORFERTIGUNG <input type="checkbox"/>		
Beschäftigungsgruppe laut KV:	Kalkulierte Beschäftigte	Anzahl:	
KV-Gruppe: /	Kalkulierte Wochenarbeits-Zeit	h:	
KV-Lohn: /	Aufzahlung für Mehrarbeit:		
Anzahl /	= 100 %; % h / % h / % h		
Anteil in % /			
A Kollektivvertraglicher MITTELLOHN - REGIELOHN - GEHALT			
B Umlage unproduktives Personal	% von A	Betrag
C Aufzahlungen aus Zusatzkollektivverträgen	% von A + B (A + B =)	
D Überkollektivvertraglicher Mehrlohn	% von A + B	
E Aufzahlung für Mehrarbeit	% von A + B	
F Aufzahlung für Erschwernisse	% von A + B	
G Andere abgabenpflichtige Lohnbestandteile	% von A + B	
H MITTELLOHN - REGIELOHN - GEHALT (% = Betrag H * 100 / Betrag A) (Betrag = A bis G)			
I Andere nicht abgabenpflichtige Lohnbestandteile	% von H	
J Direkte Lohnnebenkosten	% von H	
K Umgelegte Lohnnebenkosten	% von H	
L Andere lohngebundene Kosten	% von H	
M MITTELLOHN - REGIELOHN - GEHALT - KOSTEN (% = M * 100 / A) (Betrag = H bis L)			
Gesamtzuschlag in % auf:	Gerät	Material	FremdL. Lohn / Gehalt
N Geschäftsgemeinkosten
O Bauzinsen
P Wagnis
Q Gewinn
R
S Summe (%) N bis R
T Gesamtzuschlag: S*100/(100-S) %	(% auf M)
U MITTELLOHN - REGIELOHN - GEHALT - PREIS (% = U * 100 / A) (Betrag = M + T)			
In Sonderfällen: Umlage der Baustellen-Gemeinkosten auf Leistungsstunden			
auf MLP - RLP - GP (Baustellen-Gemeinkosten / h = Betrag in V)			
IV Umgelegt sind:			
W MLP - RLP - GP mit Umlage der Gemeinkosten (% = W * 100 / A) (Betrag = U + V)			
In Sonderfällen: Umlage auf Preisanteile in %			
	Lohn	Sonstiges	
1	
2	
3	
4	
5	
6	
X UMLAGEPROZENTSATZ	Summe 1 bis 6		

Abbildung 3.3: K3-Blatt ÖNORM B 2061:1999

In der ÖNORM B 2061 ist weiters die Zuordnung der verschiedenen Kostenarten zu den Leistungspositionen, Baustellengemeinkosten und Geschäftsgemeinkosten geregelt. Insbesondere sind in K-Blättern vorgegebene Strukturen bei der Kalkulation einzuhalten. Die vergaberechtliche Judikatur

sanktioniert ein kalkulatorisches Fehlverhalten, weil zB Mischpreise kalkuliert sind, eine unsachliche Zuordnung von Kosten zu Leistungen vorgenommen wurde udgl, mit dem zulässigen Ausschluss des Angebots. Wie die umfangreiche vergaberechtliche Judikatur zeigt, können bereits geringe Nachlässigkeiten bei der Darstellung und Zuordnung von Kosten zum Ausscheiden des Angebots führen.⁹

Mit dem Regulativ der ÖNORM B 2061 sind **für den AG Kalkulationen lesbar und auch die Kalkulation einzelner Bieter miteinander vergleichbar.**

3.3 Betriebswirtschaftliche Grundlagen – Kosten- und Preisbildung

3.3.1 Allgemeine Preispolitik von Bauunternehmen

Die klassische Ökonomie unterstellt der Schnittstelle von Angebot und Nachfrage die maßgebende Bestimmungsgröße für die Preisbildung. Festzustellen ist, dass immer nur dann ein Angebot an Gütern und Dienstleistungen zur Verfügung steht, wenn auch eine ausreichend große Nachfrage besteht. Festzustellen ist weiters, dass auch nur dann ein Angebot an Gütern und Dienstleistungen zur Verfügung steht, wenn der Nachfrager bereit ist, zumindest die Selbstkosten und Wagnis und Gewinn abzudecken.

⁹ ZB Bundesvergabeamt Bescheid 03.09.2004 10N-57/04-34: "§ 98 Z 3 BVergG stellt einen Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung dar, der immer dann erfüllt ist, wenn mit den Preisen nach den gesetzlichen oder ausschreibungsgemäßen Anforderungen "etwas nicht in Ordnung" ist. Dabei kann sich die "nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises" auch aus rechtswidrigen Einzelpositionen ergeben." und "Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung verschiedener konkreter Leistungspositionen, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zwischen den Leistungspositionen vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist."

Der Wettbewerb in der Bauwirtschaft ist, insbesondere im Infrastrukturbau, durch die Nachfragemacht von einigen wenigen relevanten und die Nachfrageseite beherrschenden öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern bestimmt.

3.3.2 Gleichmäßige Auslastung als kostendämpfender Umstand

Bauunternehmer stellen kein Gut zur Verfügung, sondern **Produktionsfaktoren** (Arbeit, Material, Gerät) **und ihre Erfahrung zur Verfügung**, mit den Produktionsfaktoren auch die geforderte Bauleistung herstellen zu können. Daher fordert das BVergG neben der Prüfung der Angemessenheit der Preise auch die Prüfung der Eignung des Bieters.

Produktionsfaktoren können, anders als erzeugte Güter, bei temporär geringer Nachfrage **nicht gespeichert werden**, um bei Nachfrage über der aktuellen Produktionsmenge vom Lager weg verkauft werden zu können. Es gibt keinen "Lagerplatz" oder Puffer für Dienstleistungen, wie es Lagerplätze für die meisten Güter gibt. Nachfrageschwankungen lassen sich daher nicht ausgleichen.

Ziel jedes Bauunternehmers ist es daher, eine stetige Produktion anzustreben. Nur eine stetige Produktion hilft die Kosten pro verkaufte Einheit gering zu halten.

Für Bauunternehmer bedeutet das, einen **stetigen Einsatz der (Stamm-)Produktionsfaktoren** sicherstellen zu müssen.

Exkurs:

Ein Bagger (50 kW), als typisches Straßenbaugerät, möge zB Fixkosten von 20.000 € pro Jahr verursachen. Ob er nun nur 800 Stunden oder doch 1.500 Stunden pro Jahr eine verkaufbare Leistung erbringen kann, wirkt sich auf den Verrechnungspreis recht dramatisch aus (25 oder 13 Euro pro Stunde ermittelt durch $20.000 / 1.500$ bzw $20.000 / 800$).

Es hilft aber nichts, wenn die Nachfrage nach 1.500 Stunden Arbeit während 3 Monate besteht, denn das kann der Bagger nicht leisten, dafür werden 4 benötigt.

Das Gleiche gilt auch zB für Mischanlagen. Der Fixkostenanteil beträgt 25 bis 35 % der Gesamtkosten. Ist die produzierte Menge nur die Hälfte der Menge bei Vollbeschäftigung, steigen die Kosten beträchtlich an und damit unweigerlich auch der Verkaufspreis.

Kosten bei Vollbeschäftigung: $(70 \text{ GE}^{10} \text{ variable Kosten} + 30 \text{ GE Fixkosten}) = 100 \text{ GE}$. Der Output bei Vollbeschäftigung ist 100 EH (Einheiten wie zB m^3 oder Tonnen). Die Kosten daher $(100 \text{ GE}/100 \text{ EH}) 1,00 \text{ GE/EH}$. Beträgt die Beschäftigung nur 50%, ermitteln sich die Kosten mit: $(50\% \times 70 \text{ GE} + 30 \text{ GE})/50 \text{ EH} = 1,4 \text{ GE/EH}$. Daher muss bei einer Unterbeschäftigung um 50 %, das Gut um 40 % teurer verkauft werden.

Auch für Mischanlagen gilt wieder die Regel: Doppelte Vollbeschäftigung für ein halbes Jahr und keine Beschäftigung im nächsten halben Jahr ergibt zwar eine Nachfrage die der Vollbeschäftigung entspricht, diese hilft aber nicht, weil eine "doppelte Vollbeschäftigung" nicht realisierbar ist.

Da dem Auftraggeber nur das Ergebnis der Bauleistung, welches er individuell festlegt, interessiert, sind die Bauunternehmer austauschbar. Andere Bestbieterkriterien sind dem Preiskriterium stark untergeordnet. Es ist, vorhandene Mindesteignung vorausgesetzt, unerheblich, ob der Unternehmer A oder Unternehmer B die Leistung erbringt. Das Endergebnis, die Bauleistung, muss bei jedem das Gleiche sein. Der Preis ist das relevante Zuschlagskriterium.

Die Kosten können aber nur niedrig sein, wenn eine Auslastung vorhanden ist, und diese möglichst gleichmäßig ausfällt.

¹⁰ GE = Geldeinheit; ME = Mengeneinheit.

3.4 Transparenter Markt

3.4.1 Markttransparenz

Nicht nur für Alltagsgüter, über deren Konkurrenzpreise man sich im Schaufenster oder über Preiskataloge informieren kann, ist auch für Bauleistungen eine Markttransparenz gegeben.

Angebotslegungen spielen sich transparent ab. Gemäß BVergG sind Angebotseröffnungen unter Anwesenheit der Bieter vorzunehmen (bzw. bei elektronisch abgewickelten Verfahren sind die Bieter über das Ergebnis zu informieren). Transparenz bietet auch die **Mitteilung der Zuschlagsentscheidung** in der die Merkmale des erfolgreichen Angebots allen teilnehmenden Bietern bekanntzugeben ist. Daher sind die Mitbewerber und ihre Angebotspreise sowie der Vergabepreis (Zuschlag) bekannt.

Ein **Angebotsresultat ist aber auch ein zufälliges Resultat**, weil es im offenen Verfahren und in jenen mit vorheriger Bekanntmachung vorweg nicht bekannt ist, welcher Bieter, mit welcher Interessenlage oder internen betriebswirtschaftlichen Zwängen ein Angebot abgeben wird. Wesentliche betriebswirtschaftliche Zwänge sind die fehlende Auslastung oder das Ablaufen von Eignungsnachweisen (Referenzprojekte zum Nachweis der technischen aber auch der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nach dem BVergG).

Bildet sich am Markt **eine Insel hoher Preise**, werden sofort weitere Bieterkreise angesprochen die vom zunächst uninteressierten zum hochgradig interessierten Bieter werden. Um den Auftrag zu erlangen ist es allerdings notwendig, den hohen Inselpreis zu unterbieten. Das ist ein Regulativ, das Inselpreise rasch wieder zum Marktpreis führt.

3.4.2 Preistransparenz

3.4.2.1 Preistransparenz für die Bieter

Die Preistransparenz ist, jedenfalls bei Vergabeverfahren nach dem BVergG, für alle mitbietenden Unternehmer gegeben. Das Ergebnis der Angebotseröffnung ist den Bietern mitzuteilen und die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung hat die Vorteile des Bestbieters zu enthalten, und daher auch den Zuschlagspreis.

3.4.2.2 Detailpreise, Kostenstruktur und Kostenansätze liegen dem AG offen vor

Der AG erhält über die Darstellung der Preise, jedenfalls geteilt in die Preisanteile Lohn und Sonstiges, und über die Vorlage von **K-Blättern** einen **Einblick in Kosten, Kostenansätze und Kostenstrukturen.**

Damit ist für Auftraggeber und die das Angebot prüfenden (teilweise externe) Stellen eine sehr große Kostentransparenz gegeben (dazu auch Kapitel 3.2.2).

3.4.2.3 Preiskennntnis des AG aus anderen Quellen

Die Leistungserbringung erfolgt unter ständiger Aufsicht des AG und vertraglich verpflichtender Baudokumentation. Der AG prüft, wie oft Verhandlungen zu Mehrkostenforderungen zeigen, laufend die Bauausführung und stellt Abweichungen gegenüber der Kalkulation des Angebots fest.

Viele öffentliche Auftraggeber betreiben auch eigene Bauabteilungen für die Durchführung eigener Leistungen (Bauhöfe, Straßenmeistereien udgl). Sie erhalten auch damit einen betriebswirtschaftlichen Einblick in die Baukalkulation.

Bei Rahmenverträgen, unter anderem in Wien, ist zumeist eine Preisbestimmung im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren¹¹ vorgesehen. Für dieses Verfahren werden, auf Basis einer vom AG erstellten Richtpreiskalkulation, den Bietern Richtpreise vorgegeben. Im Rahmen des Angebots nennt der Bieter, vorgesehen zumeist pro Leistungsgruppe und Preisanteil gesondert, Aufschläge oder Nachlässe auf die Richtpreise. Die Expertise für die Ermittlung der Richtpreise haben Auftraggeber teilweise selbst bzw. bedienen sich externer Experten. Diese Experten sind in der Regel anschließend auch in die Preisprüfung der Angebote mit eingebunden.

Anmerkung: Daher scheinen Absprachen, die zu überhöhten Preisen führen, bei dieser Art der Ausschreibung und Vergabe nahezu unmöglich.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich Auftraggeber auch abseits der Preisprüfung mit Kosten, der Kalkulation und der Preisbildung beschäftigen. Sie haben dabei sicherlich eine ausgeprägte Einschätzung für Kalkulationsansätze und Preise (Preisniveau) entwickelt die sie bei der Preisprüfung auch einsetzen.

¹¹ Definition gem § 2 Z 28 BVergG 2018: "Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren ist jenes Verfahren, bei dem vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen zusätzlich zu den beschriebenen Leistungen auch Bezugspreise bekannt gegeben werden, zu denen die Bieter in ihren Angeboten – gewöhnlich in Prozent ausgedrückt – Aufschläge oder Nachlässe angeben."

3.5 Rahmenbedingungen für Ausschreibung, Angebot und Zuschlag (BVerG)

Im öffentlichen Auftragswesen spielt das Bundesvergabegesetz (BVerG) eine große Rolle. Das überwiegende Volumen von Tiefbauleistungen unterliegt dem öffentlichen Auftragswesen (klassischer Bereich und Sektorenbereich).

Aktuell ist das BVerG 2018 in Geltung. Zuvor das BVerG 2006. Es erfuhr bis 2018 zahlreiche Novellierungen.

3.5.1 Kostenermittlung und geschätzter Auftragswert als Pflicht des AG

Nach den Bestimmungen des BVerG ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung **vom öffentlichen Auftraggeber sachverständig vor der Durchführung des Vergabeverfahrens zu ermitteln.**

Der Auftraggeber benötigt für die Budgetierung der Leistungen eine **Baukostenplanung** (Kostenermittlung) und für das Vergabeverfahren den geschätzten Auftragswert.

Für die Ermittlung werden Erfahrungswerte herangezogen. Diese werden aus vielen unterschiedlichen Projekten gewonnen (Preisdatenbank; siehe Kapitel 3.1 (9)). Eigene Erfahrung spielt ebenfalls eine Rolle (siehe Kapitel 3.4.2.2 (20) und 3.4.2.3 (20)).

Das Ergebnis der Kostenermittlung liefert dem AG bereits eine Größe in der die Angebotspreise liegen werden. Überschreitet der Angebotspreis den geschätzten Auftragswert maßgeblich, ist in weiterer Folge eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen (dazu Kapitel 3.5.3 (23)).

3.5.2 Ausschreibungsverfahren

Das BVergG regelt die verschiedenen Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber. Grundsätzlich kommen für Bauleistungen das offene Verfahren, das nichtoffene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung in Frage. Letzteres für den klassischen Bereich nur in Ausnahmefällen.

Aufgrund besonderer Bestimmungen (Schwellenwertverordnung) können bei einem geringen Auftragswert auch das nichtoffene Verfahren oder das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung und bei einem sehr geringen Auftragswert auch die Direktvergabe zur Anwendung kommen.

Das offene Verfahren und jene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung haben einen theoretisch unbeschränkten Bieter- bzw. Bewerberkreis zur Folge. Bei den anderen Verfahren lädt der AG von ihm ausgewählte Unternehmer zur Angebotslegung ein.

Die Art der Durchführung von Vergabeverfahren hat daher bereits zur Folge, dass einem **unbeschränkten Kreis von Unternehmern** die Angebotslegung ermöglicht wird.

Das ist eine Maßnahme die die Möglichkeiten und Auswirkungen von Absprachen bereits sehr geringhält (siehe in diesem Zusammenhang Kapitel 3.4.1 (19)).

3.5.3 Prüfung der Preise und Feststellung der Preisangemessenheit als vergaberechtliche Pflicht des AG

Das BVergG sieht die **zwingende Prüfung** der Angebote vor. Sie sind unter anderem in Hinblick auf die **Angemessenheit der Preise zu überprüfen** und dafür

- sind die Preise untereinander zu vergleichen (**Preisspiegel**; "sonst vorliegende Unterlagen")¹²,
- betreffend der **Marktverhältnisse** zu beurteilen¹³ (Preisdatenbank) und
- bei Zweifel an der Preisangemessenheit, bei Auffälligkeiten im Preisspiegel, bei zu hohen oder zu niedrigen Einheitspreisen oder bei betriebswirtschaftlichen Bedenken ist
- eine **vertiefte Angebotsprüfung** zwingend vorzunehmen.

Die Prüfung ist, gemäß den einschlägigen Bestimmungen des BVergG, **von sachkundigen Personen** vorzunehmen.

Zweifel an der Preisangemessenheit haben auch dann zu bestehen, wenn der Angebotspreis auffällig vom geschätzten Auftragswert abweicht.

Jedenfalls bei der vertieften Angebotsprüfung **muss der Bieter die K-Blätter offenlegen und Fragen zu Kostenansätzen und zur Preisbildung beantworten**. In vielen Ausschreibungen wird die Vorlage der K-Blätter bereits mit dem Angebot verlangt.

Die K-Blätter legen die vom Bieter angesetzten Kosten, ausgehend von den Faktorkosten (Mittellohnkosten, Kosten je eingesetztes Material und Gerät) sowie die Aufwands- und Verbrauchsansätze offen. Siehe dazu Kapitel 3.2.2 (13).

Aus diesen Unterlagen, und dem allfälligen Aufklärungsgespräch, stehen dem AG alle Detailinformationen zu den angesetzten Kosten und der Preisbildung eines Bieters zur Verfügung.

Betriebswirtschaftlich unerklärbare Preise führen zum Ausscheiden des Angebots. Dabei ist nicht nur der Gesamtpreis relevant, sondern auch die Einzelpreise und die im Rahmen der Kalkulation angesetzten Werte (zB Höhe

¹² § 125 Abs 2 BVergG 2006: Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

¹³ Wie FN 12.

des Gesamtschlags, Höhe der kalkulierten außerkollektivvertraglichen Löhne usw).

Bei fehlender Angemessenheit der Preise darf dem Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden.

4 Überlegungen zur Feststellung einer realistischen Schadensschätzung

4.1 Das vorgeworfene Verhalten

Zunächst sind die vorgeworfenen Zuwiderhandlungen in Stichworten genannt und anschließend die in OLG Wien 27 Kt 12/21y¹⁴ genannten kartellstabilisierenden Maßnahmen.

An **Zuwiderhandlungen** sind Preisabsprachen, Deckangebote, Marktaufteilungen, Austausch von wettbewerbssensiblen Informationen, kartellrechtswidrige ARGE-Bildung, Gesprächsrunden, bilaterale Kontakte, Kontakte im Rahmen der Zusammenarbeit in Asphaltmischwerken, Kontakte mittels E-Mail, Telefon und Fax, Bieterrotation und „Schutzmechanismen“, interne Submission und fixer Schlüssel genannt.

Die **Umsetzung der Zuwiderhandlung** wurde durch folgende kartellstabilisierende Maßnahmen abgesichert (kursiver Text ist der OLG-Entscheidung entnommen):

Punktesystem:

"Einer dieser kartellstabilisierenden Mechanismen war die Gegenverrechnung anhand eines sog „Punktesystems“: Da ein größerer Teil der beteiligten Unternehmen regelmäßig in verschiedenen Ausschreibungsverfahren aufeinander traf, wurde mithilfe der Vergabe von „Punkten“/„Anteilen“/„Prozenten“ der Netto-Angebotssumme (typischerweise iHv 0,5-3,5%) ein finanzieller Interessensausgleich unter den Beteiligten sichergestellt. Der durch diesen Prozentsatz errechnete Betrag wurde dem zurückstehenden Bauunternehmen als Forderung gegen den designierten Auftragsempfänger gutgeschrieben. Einige der beteiligten Unternehmen führten Aufzeichnungen über die

¹⁴ <https://edikte.justiz.gv.at/edikte/ek/ekedi17.nsf/all-doc/93939d40fdd0c0f3c12587de003816fd!OpenDocument> (23.07.2023).

sich aus diesem Punktesystem ergebenden „Forderungen und Verbindlichkeiten“ gegenüber den anderen Beteiligten (auch als „Kontokorrentverhältnis“ bezeichnet). Diese Verbindlichkeiten wurden immer wieder saldiert oder durch Ausgleichsleistungen ausgeglichen. In manchen Fällen blieben Restforderungen und Verbindlichkeiten jedoch auch über längere Zeit bestehen.“

Ausgleichsleistungen:

"Zurückstehende Mitbewerber wurden neben den oben beschriebenen Punkten auch mit sog „Ausgleichsleistungen“ entlohnt, wie etwa mit Subaufträgen (zB im Sinne einer „Beteiligung“ am Bauvorhaben), Arbeitsabtausch, der Lieferung oder Abnahme von Leistungen unter bevorzugten Konditionen (beispielsweise Asphaltmischgut, sonstiges Material, Personal oder Geräte) den Bezug von größeren Abnahmemengen von Asphaltmischgut oder Beton sowie in bestimmten Fällen auch durch Ausgleichszahlungen. Ausgleichsleistungen standen zurückstehenden Mitbewerbern auch dann zu, wenn der Mitbewerber, zu dessen Gunsten sie zurückstanden, den Zuschlag nicht erhielt. In den meisten Fällen erfolgte die Ausgleichsleistung durch den Abtausch gegen andere Bauvorhaben („Arbeitsabtausch“. Es kam auch vor, dass Punkte und Ausgleichsleistungen, wie Ausgleichszahlungen und Arbeitsabtausch, gemeinsam vereinbart wurden, je nachdem, was die beteiligten Unternehmen für das Zurückstehen verlangten. Für die Auszahlung einer Ausgleichsleistung wurden vereinzelt auch Scheinrechnungen erstellt.“

Die Aufteilung der Bauvorhaben erfolgte nach einer Quote, die in Relation zum Auftragsvolumen aller in der Runde besprochenen Bauvorhaben stand. In den Jahren 2002 bis 2016 lag die Quote der Antragsgegnerinnen an der Gesamtsumme der Ausschreibungen im Durchschnitt bei rund 20-25%. Insgesamt wurden von den Antragsgegnerinnen zumindest rund 1127 Bauvorhaben im oben dargelegten Sinn

abgestimmt. Darüber hinaus gibt es noch eine Reihe anderer Bauvorhaben, die sicher oder mit hoher Wahrscheinlichkeit von den Antragsgegnerinnen abgestimmt wurden."

4.2 Gutachterliche Stellungnahme zum möglichen Einfluss der kartellstabilisierenden Maßnahmen auf das Kosten- und Preisniveau

Aus dem "Punktesystem" ergibt sich offenbar, dass dieses zum überwiegen- den Zweck der Bestandssicherung der Marktverhältnisse diene. Überwie- gend wurden die "Punkte", die sich aus dem Angebotspreis iHv 0,5 bis 3,5 % ergeben, gegengerechnet. Sogar "**über längere Zeit blieben Saldi offen**". Mancher Überhang wurde durch "Ausgleichsleistungen" saldiert, das waren Subaufträge oder Lieferungen oder andere Leistungen. Offenbar kam es nur in wenigen Fällen zu tatsächlichen "Ausgleichszahlungen".

Daher liegt wahrscheinlich für einen Großteil der Fälle ein Verhalten der Beteiligten vor, das zu einem **Auslastungskartell** führte. Es diene der besseren Planbarkeit der Auslastung der Ressourcen. Damit liegt aber noch keine Aussage über die mögliche Höhe eines Schadens für betroffene Auf- traggeber vor.

Eine gleichmäßige Auslastung schafft unzweifelhaft Kostenvorteile. Diese **Kostenvorteile** lassen es zu, einen günstigeren Preis anzubieten, **um im Wettbewerb gegenüber den anderen Mitbewerbern eine bessere wettbewerbliche Ausgangssituation zu erlangen** (siehe Exkurs in Ka- pitel 3.3.1 (16)).

Mitbewerber dürfen bis zum Ende der Angebotsfrist nicht bekannt sein. Da- her kann es grundsätzlich zu keinem sogenannten "Vollschutz" kommen, und es ist zu vermuten, weil es offenbar nur selten zu tatsächlichen Aus- gleichszahlungen kam, dass wettbewerbsrelevante angemessene Preise an- geboten wurden.

Für das Vorliegen eines bloßen Auslastungskartells, das vorrangig keinen Einfluss auf das Preisniveau hatte, sprechen folgende weitere Gründe:

4.2.1 1. Grund: Der geschätzte Auftragswert ist ein Benchmark

Der vom AG gem BVergG sachverständig und fachkundig zu ermittelnde geschätzte Auftragswert ist ein Benchmark für die weitere Angebotsprüfung.

Zeigen die Angebotspreise grobe Abweichungen, muss beim AG ein weiterer Prüfprozess des Angebotspreises einsetzen.

4.2.2 2. Grund: Hohe Preisabweichungen und unplausible Kostenansätze wären bei der Angebotsprüfung aufgefallen

Der AG hat zwingend eine Preisprüfung vorzunehmen. Dabei greift der AG in der Regel auch auf Erfahrungswerte, meist gewonnen aus einer Vielzahl von Projekten zurück.

Wenn Anzeichen für unplausibel hohe Preise vorliegen, muss nach dem BVergG zwingend eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen werden. Dabei sind die Kostenansätze des Bieters, das Kostenermittlungsverfahren und die Zuordnung der Kosten vom Bieter nachvollziehbar offen zu legen.

Wie transparent der Unternehmer seine Kalkulation offenlegen muss, ist in Kapitel 3.2.2 (13) erörtert.

4.2.3 3. Grund: Relativ niedrige Auftragssumme

Die betroffenen Aufträge weisen im Durchschnitt eine eher niedrige Auftragssumme auf. Genannt werden Auftragsgrößen ab 3.500 Euro.¹⁵ Es sind

¹⁵ <https://solidbau.at/news/baukartell-bwb-stellt-nun-auch-geldbussenantrag-gegen-gebrueder-haider/> (23.03.2023).

zwar auch einige Großaufträge mit mehreren Millionen Auftragsvolumen genannt, im Durchschnitt dürfte die Auftragsgröße dennoch zwischen 200.000 und 300.000 Euro gelegen haben.

Daher **findet sich rasch eine Beteiligung anderer Unternehmer** am Wettbewerb, wenn das Preisniveau in einem Segment stark ansteigen würde. Daher bildet sich ein Regelkreis heraus, der es auch am Kartell beteiligten Unternehmen nicht erlaubt den Wettbewerb bei der Preisbildung außer Acht zu lassen (siehe auch Kapitel 3.4.1 (19)).

Einen "Vollschutz" mit Absprachen erreichen zu wollen, wird nur in wenigen Fällen, und wenn, nur im beschränkten Vergabeverfahren (ohne Bekanntmachungen) oder bei vom Auftraggeber angesetzten prohibitiven Eignungskriterien, gelingen. Für das offene Verfahren und jene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist ein "Vollschutz" praktisch auszuschließen.

4.2.4 4. Grund: Geringe Anzahl von involvierten Unternehmen

Die Anzahl der involvierten Verbände / Unternehmen wird mit rd 80 angegeben. In Hinblick auf die gesamte Anzahl der tätigen Unternehmer ist das ein geringer Teil.

Die Statistik (Quelle: Statistik Austria) weist für den Tiefbau knapp 1.000 Unternehmen aus.

Leistungs- und Strukturdaten 2011

ÖNACE 2008		Unternehmen
F41	Hochbau	4.038
F411	Erschließung v. Grundstücken; Bauträger	1.042
F4110	Erschließung v. Grundstücken; Bauträger	1.042
F412	Bau v. Gebäuden	2.996
F4120	Bau v. Gebäuden	2.996
F42	Tiefbau	977
F421	Bau v. Straßen und Bahnverkehrsstrecken	476
F4211	Bau v. Straßen	341
F4212	Bau v. Bahnverkehrsstrecken	62
F4213	Brücken- und Tunnelbau	73
F422	Leitungstiefbau und Kläranlagenbau	293
F4221	Rohrleitungstiefbau, Kläranlagenbau	237
F4222	Kabelnetzleitungstiefbau	56
F429	Sonst. Tiefbau	208
F4291	Wasserbau	147
F4299	Tiefbau a.n.g.	61

Abbildung 4.1: Anzahl der Unternehmen nach Sparten

Die Einteilung erfolgt nach dem Schwerpunkt der Tätigkeit. Das bedeutet zB, dass von den schwerpunktmäßig 4.038 dem Hochbau zugeordneten Unternehmen auf jeden Fall eine nicht unerhebliche Anzahl vorhanden ist, die auch Tiefbauarbeiten durchführt.

4.2.5 5. Grund: Keine nachhaltige Beeinflussung der "Erfahrungswerte" der AG (Baupreisdatenbanken)

In Kapitel 3.1 sind Baupreisdatenbanken erwähnt. Institutionelle Auftraggeber und Ingenieurbüros führen diese damit sie vorausschauende Kostenplanungen vornehmen können. Viele Auftraggeber sind überregional (zB ASFINAG) oder großflächig tätig (zB Land Niederösterreich). Da auszuschließen ist, dass alle Bauausschreibungen unter den Kartellverdacht fallen, mischen sich in der Datenbank "kartellierte" Preise mit "lauteren" Preisen. Der Auftraggeber orientiert sich

jedoch erfahrungsgemäß nicht am oberen Preisrand der Datenbankwerte, auch nicht am Mittelwert, sondern an den tiefsten Preisen.

Die in Bezug zur Gesamtzahl aller Ausschreibungen untergeordnete Anzahl von kartellierten Ausschreibungsverfahren lässt es darüber hinaus nicht zu, Baupreisdatenbanken unauffällig und nachhaltig so zu beeinflussen, dass deutlich überhöhte Preise nicht mehr auffallen würden.

Eine nachhaltige Anhebung des Preisniveaus außerhalb von betriebswirtschaftlichen Umständen (zB Lohn- und Materialpreissteigerungen) in einem nennenswerten Ausmaß ist jedenfalls auszuschließen.

4.2.6 Keine Verbesserung der Ertragskennzahlen

Eine Untersuchung der Arbeiterkammer (AK), veröffentlicht im "Branchen Report - Bauindustrie und Baugewerbe 2017"¹⁶, zeigt für die Bauindustrie, etwas besser für das Baugewerbe, Ertragskennzahlen¹⁷, die gegen einen maßgeblichen Kartellgewinn sprechen.

Bilanzkennzahlenvergleich	Branche	2013	2014	2015	Δ in %
Ertragslage					
Jahresüberschuss in % Betriebsleistung ¹	Bauindustrie	1,7	1,7	1,9	0,22
	Baugewerbe	3,1	3,3	3,6	0,30
	Handel	1,6	1,7	2,1	
	Industrie	6,0	5,3	6,6	
EBIT-Quote in % der Betriebsleistung ²	Bauindustrie	0,3	0,6	0,2	-0,42
	Baugewerbe	3,3	3,5	4,2	0,69
	Handel	1,5	1,5	1,9	
	Industrie	4,8	5,1	5,9	

¹⁶ <https://emedien.arbeiterkammer.at/viewer/ppnresolver?id=AC13651944> (23.03.2023).

¹⁷ Das EBIT (earnings before interest and taxes; Gewinn vor Zinsen und Steuern) ist eine betriebswirtschaftliche Kennzahl, die den operativen Gewinn aus dem Leistungsbereich (originärem Bereich) eines Unternehmens beschreibt.

Abbildung 4.2: Ertragslage Bauindustrie und Baugewerbe

1 Betriebsleistung = Umsatzerlöse +/- Bestandsveränderungen + Eigenleistungen + übrige sonstige betriebliche Erträge (Mietserträge etc) - übrige außerordentliche Erträge (Schadensfälle, Kursgewinne etc)

2 ordentlicher Betriebserfolg in % der ordentlichen Betriebsleistung

Bei diesem Report sind von der AK Bilanzen einiger Unternehmer ausgewertet worden. Sie sind namentlich genannt. Zumindest ein Drittel der von der AK untersuchten Bauindustriefirmen stehen unter den Kartellvorwürfen. Damit liegt ein, auch in Hinblick auf Aussagen zum Kartell, belastbares Zahlenmaterial vor.

4.2.7 Weitere Hinweise

- Bis auf wenige Verfahren hat die WKStA wegen § 168b StGB (Absprache) ermittelt und nicht wegen Betrugs. Daraus kann geschlossen werden, dass auch die Strafbehörden in den allermeisten Fällen von keinem messbaren Schaden ausgehen.
- Vereinzelt wird in den Raum gestellt, dass sich die Mischgutpreise nach Bekanntwerden des Kartells verbilligt hätten. Preise unterliegen bekanntlich vielen Einflüssen und das Zusammenfallen des zufälligen Endes des Kartells mit einer Preisbewegung ist eine Korrelation, aber nicht unbedingt Kausalität. Bitumenpreise unterliegen einerseits einer starken Preisschwankung und andererseits spielen Technologieänderungen eine wesentliche Rolle. Von anfänglich lediglich 10% Zugabe von Recyclingmaterial bei sehr wenigen Asphaltarten, ist derzeit bereits eine Recyclingzugabe von 20% bis 40% bei zahlreichen Asphaltarten möglich. Das hat nicht nur umweltrelevante Aspekte, sondern auch wirtschaftliche Auswirkungen. Die Einsparung von Bitumen und Zuschlagstoffen bei der Asphalterzeugung haben zu einer deutlichen Verringerung der Produktpreise für Asphalt geführt.

5 Ergebnis

Es kann abgeleitet werden, dass nur ein geringes Marktvolumen vom Kartellverhalten betroffen war. Unterstellt man dem Verhalten, damit bedeutend höhere Preise erzielen zu können, ist das nicht nachvollziehbar. Marktkenntnisse des Auftraggebers (Baupreisdatenbanken), die offen liegende Kalkulation (K-Blätter) und nicht zuletzt die Mitbewerber, die hohe Inselpreise rasch orten und den Wettbewerb wiederherstellen, machen eine nachhaltige Preisbeeinflussung nahezu unmöglich.

Es ist ausgeschlossen, dass das Kartell zu einer Anhebung des sonst bestehenden Marktpreises umfangreich, dh bei allen kartellierten Vergabeverfahren, in der Lage war.

Das Kartell scheint auf die gleichmäßige Auslastung der Unternehmensressourcen abgezielt zu haben (Auslastungskartell). Das bringt den Unternehmern Kostenvorteile und den Auftraggebern nicht zwangsweise Preisnachteile.

Mit einem "allgemeinen Erfahrungswert", wie hoch der Kartellschaden ausgefallen ist, kann jedenfalls der Schaden nicht ermittelt werden.

Univ.-Prof. DI DR Andreas Kropik

17.08.2023