

Arbeitsgemeinschaften und Kartellrecht

Eine Bestandsaufnahme anlässlich der bevorstehenden Novelle zum KartG

Hanno Wollmann

Der vorliegende Aufsatz untersucht die Vereinbarkeit von Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft mit dem Kartellrecht. Er basiert auf einer Studie, die der Autor gemeinsam mit Univ.-Prof. Dipl.-Ing. *Eckart Schneider* 2006 im Auftrag der Vereinigung Industrieller Bauunternehmen Österreichs (VIBÖ) erstellt hat.¹



Dr. Hanno Wollmann, LL.M.

ist Rechtsanwalt und Partner einer Rechtsanwalts-Sozietät in Wien.

1. Einleitung

Arbeitsgemeinschaften spielen in der Bauwirtschaft eine bedeutende Rolle. Nicht nur in Österreich, sondern auch in anderen europäischen Ländern wird diese Form der temporären, auf die Erfüllung eines bestimmten Auftrags beschränkten Kooperation vor allem bei großen oder technisch anspruchsvollen Bauprojekten gerne genutzt. Das Institut für Baubetrieb, Bauwirtschaft und Baumanagement der Universität Innsbruck hat erhoben, dass im Zeitraum 2001 bis 2004 bei den Ausschreibungen von ASFINAG und ÖSAG mit einem Auftragswert von mehr als € 3 Mio mehr als 60 % aller abgegebenen Angebote von Bietergemeinschaften stammten.² Zudem zeigte eine Auswertung der Geschäftsberichte der führenden österreichischen Baukonzerne STRABAG, PORR und ALPINE, dass diese Unternehmen im Jahr 2003 rund 20 % ihrer Gesamtleistungen in Arbeitsgemeinschaften erwirtschaftet haben. Noch größer ist die Bedeutung von Arbeitsgemeinschaften für mittelständische Bauunternehmen, die sich an Großprojekten beteiligen. Hier liegt der in Arbeitsgemeinschaften erwirtschaftete Anteil an der Gesamtleistung im Schnitt bei 50 %, spartenbezogen beträgt er vereinzelt über 80 %.

Für die Bildung von Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft wird eine Reihe von betriebswirtschaftlichen Gründen ins Treffen geführt. Aus der projektspezifischen Zusammenarbeit resultieren nach der Erfahrung der Bauunternehmen signifikante technische und wirtschaftliche Synergien (zB durch Bündelung von Know-how, durch die gleichmäßigere Auslastung maschineller und personeller Kapazitäten oder durch die Streuung des Ausführungsrisikos).³ Dem Auftraggeber bringt die

Vergabe eines Bauauftrags an eine Arbeitsgemeinschaft nicht zuletzt den Vorteil einer erhöhten Ausführungssicherheit, haften doch die Partnerfirmen solidarisch für die Erfüllung des gesamten Bauauftrags. Fällt ein ARGE-Partner zB konkursbedingt aus, müssen die anderen Partner den Werkvertrag ungeachtet dessen zur Gänze auftragsgemäß in der vereinbarten Zeit erfüllen.

Angesichts der traditionell guten Erfahrungen mit Arbeitsgemeinschaften hat der österreichische Gesetzgeber diese Art der unternehmerischen Zusammenarbeit lange Zeit explizit von der Anwendung des nationalen Kartellrechts (KartG 1988) ausgenommen. § 11 Z 1 lit c der Durchführungsverordnung zu § 17 KartG 1988 bestimmte, dass die Bildung von Arbeitsgemeinschaften zur Durchführung eines bestimmten Auftrags nicht den gesetzlichen Bestimmungen über Kartelle unterliegt. Mit der KartG-Novelle 2002, spätestens aber mit dem KartG 2005 ist diese Freistellungsregelung nach herrschender Meinung entfallen.⁴ Das hat in der Fachliteratur zu einer Reihe von zunächst recht kritischen Äußerungen zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Arbeitsgemeinschaften geführt.⁵

Diese kritischen Äußerungen wurden von der anwaltlichen Praxis aufgegriffen und haben rasch ihren Niederschlag in Nachprüfungsverfahren gefunden. Wenn eine Bietergemeinschaft bei einer Ausschreibung den Zuschlag erhält, machen die unterlegenen Bewerber nicht selten (gerichtlich oder außergerichtlich) geltend, dass dieses Gemeinschaftsangebot kartellrechtswidrig sei und daher gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Umgekehrt gibt es Konstellationen, in denen Auftraggeber versuchen, Nachprüfungsanträge von unterlegenen Gemeinschaften mit dem Argument abzuwehren, dass die Bildung dieser Bietergemeinschaften gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßen hätte, deren Angebot daher auszuschneiden gewesen wäre und keine Antragslegitimation bestünde.⁶ In allen Konstellationen ist eine recht große Verunsicherung der Auftraggeber

¹ *Schneider/Wollmann*, Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft: Kartell-, vergaberechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte (2006), online abrufbar unter http://www.viboe.at/downloads/25/gutachten_argen_2_2006_endfassung.pdf; die Studie wird im Folgenden kurz zitiert als „*Schneider/Wollmann*“.

² Vgl. *Schneider/Wollmann*, 1.

³ Vgl. *Schneider/Wollmann*, 26 f; *Gugler*, Wirtschaftswissenschaftliches Gutachten zu den ökonomischen Auswirkungen von Bau-Arbeitsgemeinschaften in Österreich (2010) 6. Das zweitgenannte Gutachten wurde von Herrn Univ.-Prof. Dr. *Klaus Gugler* im Jahr 2010 im Auftrag der VIBÖ erstellt. Es enthält eine wettbewerbsökonomische Auswertung von insgesamt 1.089 Ausschreibungen (davon 609 Projekte aus dem Hoch- und Ingenieurbau und 480 Projekte aus dem Bereich Tiefbau), die im Jahr 2009 in Österreich stattgefunden haben. Das Gutachten, welches unter http://www.viboe.at/downloads/25/2010_12_gutachten_oeko_nomische_auswirkungen_von_arg-bildungen.pdf öffentlich zugänglich ist, wird im Folgenden kurz als „*Gugler*“ zitiert.

⁴ Vgl. *Eilmansberger/Holoubek*, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? ÖZW 2008, 2 (5) mwN; ebenso VKS Wien 18. 10. 2007, VKS-4093/07, mwN.

⁵ Vgl. zB *T. Gruber*, Arbeitsgemeinschaften nicht mehr generell kartellrechtsimmun – Grund zur Sorge? ZVB 2004, 4 (7); *T. Gruber/Keznickl*, Auswirkungen des KartG 2005 und des BVergG 2006 auf Arbeits- und Bietergemeinschaften, ZVB 2006/21; *Stifter*, Bewertung von Bietergemeinschaften nach dem Kartellgesetz 2005, bbl 2006, 51.

⁶ Vgl. dazu *Keschmann*, Nichts Neues zur (kartellrechtlichen) Zulässigkeit von Bietergemeinschaften, RPA 2009, 11.

zu spüren, wie mit den kartellrechtlichen Aspekten von Bietergemeinschaften umgegangen werden soll. Insbesondere sehen sich die Auftraggeber in aller Regel außer Stande, die kartellrechtliche Zulässigkeit selbst zu beurteilen. Zum Teil wurde und wird deswegen von den Teilnehmern an einer Bietergemeinschaft eine Art „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ gefordert. Das hat wieder zu Kritik im Schrifttum geführt, weil derartige Unbedenklichkeitsbescheinigungen im geltenden System des Kartellrechtsvollzugs praktisch nicht (jedenfalls nicht in der nötigen Zeit) erhältlich sind.⁷

Neue Nahrung haben all diese Diskussionen durch die jüngst ergangene Entscheidung des BVA im Fall *Naturversuch Bad Deutsch Altenburg* erhalten.⁸ Dort hat das BVA (soweit ersichtlich: erstmals) eine Zuschlagsentscheidung zugunsten einer Bietergemeinschaft aus wettbewerbsrechtlichen Erwägungen aufgehoben. Dieser Entscheidung sind intensive Erhebungen durch einen amtlichen Sachverständigen vorausgegangen.

Parallel zu diesen spezifisch kartell- und vergaberechtlichen Entwicklungen gibt es auf politischer Ebene Bestrebungen für eine (moderate) Novellierung des KartG. Sowohl das Regierungsabkommen für die 23. als auch das für die 24. Gesetzgebungsperiode sehen eine Evaluierung der letzten Novellen zum WettbG und KartG vor. Ein wichtiger Baustein für diese Evaluierung war eine Studie zur „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“, die der Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen Ende 2010 veröffentlicht hat. Aufgrund dieser Initiative sind im Jahre 2012 eine Reihe von punktuellen „Nachschärfungen“ von KartG und WettbG zu erwarten. Unter anderem ist geplant, die Regelung über Bagatellkartelle in § 2 Abs 2 Z 1 KartG dahingehend anzupassen, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die (unter anderem) die Festsetzung von Verkaufspreisen zum Gegenstand haben, nicht mehr von der Ausnahmeregelung erfasst werden. Das würde neuerlich Zweifelsfragen für Arbeitsgemeinschaften, etwa in der Bauwirtschaft mit sich bringen. Bietergemeinschaften sind zwangsläufig damit verbunden, dass die beteiligten Unternehmen einen einheitlichen Verkaufspreis (nämlich den Preis für ihr gemeinsames Angebot) festlegen. Es ist jedoch zu bezweifeln, ob eine derartig strenge Handhabung des Spürbarkeitskriteriums in Bezug auf Bietergemeinschaften gerechtfertigt wäre. Das führt zu der schon von *Schneider/Wollmann* aufgeworfenen Frage, ob es nicht einer Freistellungsverordnung nach § 3 KartG für Arbeitsgemeinschaften bedarf.⁹ Bestrebungen in diese Richtung werden freilich regelmäßig mit dem Argument abgewehrt, dass angesichts des Vorrangs des Unionskartellrechts (Art 101 AEUV) und angesichts der geringen Größe des österreichischen Wirtschaftsraums (die dazu führe, dass fast alle Absprachen zwischen heimischen Unternehmen einen zwischenstaatlichen Bezug haben) ein nationaler Alleingang im österreichischen Kartellrecht wenig sinnvoll sei.

Der folgende Aufsatz nimmt die bevorstehende Novelle des KartG (und die Entscheidung des BVA im Fall *Naturversuch Bad Deutsch Altenburg*) zum Anlass für eine Bestandsaufnahme zur kartellrechtlichen Beurteilung von Bietergemeinschaften. Dabei soll nicht nur der bisherige Erkenntnisstand referiert, sondern auch die Frage behandelt werden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die jüngst erneuerte Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission für Spezialisierungsvereinbarungen¹⁰ auf Arbeitsgemeinschaften anwendbar ist. Den Schlusspunkt bildet eine kurze Einschätzung, ob es unter den gegebenen Rahmenbedingungen rechtspolitisch zweckmäßig wäre, in Österreich (wie dies bis 2002 der Fall war) eine nationale Freistellungsregelung für Arbeitsgemeinschaften zu erlassen.

2. Kartellrechtliche Beurteilungsgrundsätze

Die Grundsätze, nach denen Arbeitsgemeinschaften kartellrechtlich zu prüfen sind, stehen zwischenzeitig in Lehre und Praxis weitgehend außer Streit. Es kommt entscheidend auf zwei Fragen an:

- Unter welchen Voraussetzungen bezweckt oder bewirkt eine Arbeitsgemeinschaft eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art 101 Abs 1 AEUV bzw § 1 Abs 1 KartG? Regelmäßig steht dabei die Befürchtung im Vordergrund, dass durch die Bildung von Bietergemeinschaften die Zahl der konkurrierenden Anbieter in einem Ausschreibungsverfahren so stark reduziert wird, dass ein effektiver Vergabewettbewerb gefährdet ist.
- Für den Fall, dass es zu einer wettbewerblich bedenklichen Verkleinerung des Bieterkreises kommt: Unter welchen Voraussetzungen ist die Kooperation dennoch nach Art 101 Abs 3 AEUV bzw § 2 Abs 1 KartG vom Kartellverbot ausgenommen? In diesem Zusammenhang geht es um die Abwägung der Synergieeffekte aus der Kooperation mit den Nachteilen für den Wettbewerb.
- Nach den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV¹¹ setzt das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art 101 Abs 1 AEUV zweierlei voraus:
- **Beschränkung der Handlungsfreiheit:** Im Rahmen der Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise muss es zu einem Eingriff in die Verhaltensfreiheit der beteiligten Unternehmen am Markt kommen. Mindestens ein Unternehmen muss sich gegenüber einem anderen Unternehmen zu einem bestimmten Marktverhalten verpflichten. Dem wird gleichgehalten, wenn infolge der Kontakte zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr Marktverhalten beseitigt oder erheblich verringert wird.¹²
- **Negative Auswirkungen auf das Marktergebnis:** Darüber hinaus muss die fragliche Vereinba-

7 Vgl. *Eilmansberger/Holoubek*, ÖZW 2008, 8 ff.

8 BVA 30. 11. 2010, N/0037-BVA/13/2010-108; die Entscheidung wurde zB in RPA 2011, 40 publiziert.

9 *Schneider/Wollmann*, 41 f.

10 Verordnung (EU) Nr 1218/2010, AB L 335 vom 18. 12. 2010, S 43; in Folgenden zitiert als „SpezVO“.

11 AB L 101 vom 27. 4. 2004, S 97; in Folgenden zitiert als „LL Art 81“.

12 LL Art 81, Rz 15.

nung geeignet sein, spürbar negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter im Markt, wie namentlich Preise, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt und Innovation, zu haben. Solche Auswirkungen können insbesondere eintreten, wenn der Wettbewerbsdruck zwischen den Parteien der Vereinbarung oder zwischen ihnen und Dritten erheblich gemindert wird. Bei sogenannten Kernbeschränkungen (das sind im Wesentlichen Preisabsprachen, Vereinbarungen über die Marktaufteilung und/oder Vereinbarungen über Produktions- oder Absatzquoten) werden nachteilige Marktauswirkungen vermutet. Ansonsten ist die Eignung der unternehmerischen Zusammenarbeit, sich nachteilig auf die Wettbewerbsverhältnisse auszuwirken, konkret nachzuweisen.¹³

Eine formale **Beschränkung der Handlungsfreiheit** der beteiligten Unternehmen ist eine typische Folge der Bildung von Bietergemeinschaften. Dies ergibt sich schon aus dem vergaberechtlichen Grundsatz, dass es den Mitgliedern einer Bietergemeinschaft nicht gestattet ist, neben der gemeinsamen Beteiligung an der Ausschreibung konkurrierende Einzelangebote zu legen oder sich an anderen Bietergemeinschaften zu beteiligen.¹⁴ Der Verzicht auf die Abgabe von Konkurrenzangeboten entspricht zudem der wechselseitigen Treuepflicht, wie sie für Gesellschaften bürgerlichen Rechts gesetzlich vorgesehen ist (vgl. § 1186 ABGB). Im Vordergrund der Prüfung der Anwendbarkeit von Art 101 Abs 1 AEUV auf Bietergemeinschaften steht demnach die Frage, unter welchen Voraussetzungen spürbar nachteilige Auswirkungen auf die Marktverhältnisse zu erwarten sind.

Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung können Bietergemeinschaften nur dann **spürbar nachteilige Auswirkungen auf die Marktverhältnisse** haben, wenn die beteiligten Unternehmen – jedes für sich betrachtet – zur Zeit der Bildung der Gemeinschaft in der Lage gewesen wären, ein Erfolg versprechendes Angebot abzugeben. Fehlt es an der **individuellen Marktfähigkeit** der ARGE-Partner, ist die Zusammenarbeit nicht wettbewerbsbeschränkend, sondern – ganz im Gegenteil – wettbewerbserschließend. Sie ermöglicht in diesem Fall ein Angebot, welches es ohne die Kooperation nicht gäbe. Dieses Prinzip wird beispielsweise in den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Art 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit¹⁵ anerkannt. Dort heißt es, dass „*horizontale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die das Projekt oder die Tätigkeit, das/die Gegenstand der Vereinbarung ist, nach objektiven Kriterien nicht unabhängig voneinander durchführen könnten (zum Beispiel aufgrund begrenzter technischer Möglichkeiten), normalerweise keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV haben, es sei denn, die Parteien hätten das*

Projekt mit weniger spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen durchführen können.“¹⁶

Nach diesen Grundsätzen sind jedenfalls Bietergemeinschaften unbedenklich, bei denen die einzelnen Mitglieder für sich allein nicht die in der Ausschreibung geforderten Eignungsnachweise (Befugnis, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit) erbringen können.¹⁷ Eine solche Situation findet sich häufig bei Bietergemeinschaften aus Mitgliedern unterschiedlicher Fachrichtungen, die sich zur Erbringung einer komplexen Bauleistung ergänzen.

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Arbeitsgemeinschaftsgedanken und der individuellen Marktfähigkeit gibt es in Deutschland. Grundlegend ist die Entscheidung des BGH im Fall *Bauvorhaben Schramberg*, in der es um die kartellrechtliche Bewertung einer gemeinsamen Bewerbung von Zweigniederlassungen dreier Großunternehmen der Bauindustrie ging. Der BGH führte aus, dass ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmen zu einer Arbeits- und Bietergemeinschaft nur dann gegen § 1 GWB verstoße, wenn die zugrunde liegende Vereinbarung eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bewirken könne. Dies sei im konkreten Fall nicht anzunehmen gewesen, weil sich keines der beteiligten Unternehmen selbständig an der Ausschreibung beteiligt hätte.¹⁸ Bei der Prüfung der individuellen Marktfähigkeit komme es nicht ausschließlich auf technische Gesichtspunkte an. Maßgeblich sei vielmehr, ob die Entscheidung für die Bildung der Bietergemeinschaft von den einzelnen Unternehmen in der Erkenntnis getroffen wurde, dass eine selbständige Teilnahme an der Ausschreibung „*wirtschaftlich nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig gewesen wäre*“.¹⁹ Dabei sind auch rein unternehmerische Überlegungen wie Risikoverteilung, Größenvorteile bei Abwicklung mehrerer Teillose, Personaleinsparungen oder Standortvorteile zu berücksichtigen. Erweist sich die unternehmerische Entscheidung gegen die Alleinbewerbung als objektiv nachvollziehbar (wobei ein gewisser unternehmerischer Beurteilungsspielraum besteht), so ist von der Zulässigkeit der Bietergemeinschaft auszugehen.²⁰ Diese Überlegungen werden im österreichischen Schrifttum im Wesentlichen geteilt.²¹

16 LL Horiz, Rz 30; vgl in diesem Sinne auch die frühere „Kooperationsbekanntmachung“ der Kommission (ABl C 75 vom 29. 7. 1968, S 3), wo es hieß, dass Vereinbarungen, die lediglich die Bildung von Arbeitsgemeinschaften zur Durchführung von bestimmten Aufträgen zum Gegenstand haben, den Wettbewerb nicht beschränken, wenn die beteiligten Unternehmen hinsichtlich der zu erbringenden Leistungen nicht miteinander im Wettbewerb stehen oder für sich allein nicht in der Lage sind, die Aufträge durchzuführen oder ein Erfolg versprechendes Angebot abzugeben. Bei dieser Prüfung sei unter anderem zu berücksichtigen, ob die Unternehmen für sich allein über hinreichende Erfahrung, die nötigen Spezialkenntnisse, Kapazität oder Finanzkraft verfügen, ob sie die Arbeit termingerecht durchführen und ob sie das finanzielle Risiko allein tragen können.

17 EuGH 2. 12. 1999, Rs C-176/98, *Holst Italia*.

18 BGH 13. 12. 1983, KRB 3/83, *Bauvorhaben Schramberg*, WuW/E BGH 2050 = BauR 1984, 302; zuletzt bestätigt durch BGH 5. 2. 2002, KZR 3/01.

19 OLG Naumburg 21. 12. 2000, 1 Verg 10/00, *Abschleppaufträge*, WuW/E Verg 493, 495.

20 BGH 11. 12. 1997, KVR 7/96, *Europapokalheimspiele*, WuW 1998, 163; BKartA 11. 11. 2002, VK 2 –82/02, *Kanalbau*; vgl auch VK Sachsen 20. 1. 2005, 1/SVK/127-04.

21 Vgl B. Müller, Kartellrechtliche Aspekte von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht, RPA 2004, 148;

13 Vgl LL Art 81, Rz 21 ff.

14 Vgl Schneider/Wollmann, 19 f mwN.

15 ABl C 11 aus 2011, S 1; im Folgenden zitiert als „LL Horiz“.

Angesichts der intensiven Diskussionen um den Arbeitsgemeinschaftsgedanken tritt in der kartellrechtlichen Erörterung mitunter ein weiterer, zumindest ebenso wichtiger Aspekt in den Hintergrund: Das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung kann sich nicht auf eine „Schwarz-Weiß-Betrachtung“ beschränken, sondern ist eine Maß- und Gradfrage. Es kommt nicht bloß darauf an, ob die Teilnehmer an einer Bietergemeinschaft in einem konkreten Fall – objektiv betrachtet – in der Lage wären, Einzelangebote zu legen und das bei kaufmännisch vernünftigem Verhalten auch getan hätten. Zudem ist erforderlich, dass die Bildung der Bietergemeinschaft zu einer **spürbaren** Beschränkung des Wettbewerbs führt. Wie in den Rz 25 der LL Art 81 festgehalten wird, ergeben sich negative Auswirkungen einer Kooperation auf den Wettbewerb in aller Regel nur dann, wenn die Parteien einzeln oder gemeinsam ein gewisses Maß an **Marktmacht** haben und die Vereinbarung zur Begründung, Erhaltung oder Stärkung dieser Marktmacht beiträgt oder es den Parteien ermöglicht, ihre Marktmacht auszunutzen. Marktmacht ist definiert als die Fähigkeit, Preise über einen erheblichen Zeitraum auf einer Höhe oberhalb des freien Marktpreises oder aber Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation für einen erheblichen Zeitraum unterhalb des Wettbewerbsniveaus aufrechtzuerhalten.

Bei der Anwendung dieser Kriterien auf die Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft kommt den Besonderheiten der Branche wesentliche Bedeutung zu. Der Wettbewerb in der Bauwirtschaft spielt sich fast durchwegs in Form eines Ausschreibungswettbewerbs um Unikate ab. In einem derartigen Umfeld sind die Marktanteile der an einer Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen wenig aussagekräftig, wenn es um die Beurteilung der Marktmacht geht. Entscheidend ist vielmehr, ob die Bildung einer Bietergemeinschaft dazu führt, dass die Anzahl der potenziellen Wettbewerber, die Erfolg versprechende Angebote abgeben können, unter das für einen funktionierenden Wettbewerb notwendige Maß fällt.²²

Dabei ist eine *Ex-ante*-Beurteilung aus Sicht der Bieter anzustellen. Entscheidend ist nicht, wie viele Angebote aufgrund einer Ausschreibung tatsächlich abgegeben werden. Maßgeblich ist vielmehr, mit welcher Anzahl von Erfolg versprechenden Konkurrenzangeboten die potenziellen Mitglieder einer Bietergemeinschaft bei objektiver Beurteilung rechnen müssen. Daraus (also aus

dieser *Ex-ante*-Einschätzung) ergibt sich der Wettbewerbsdruck, dem die Bieter bei der Erarbeitung ihres Angebots ausgesetzt sind.

Fraglich ist, wie viele (potenzielle) Angebote erforderlich sind, um einen funktionierenden Wettbewerb im Vergabeverfahren zu gewährleisten. Aus § 102 Abs 3 BVergG lässt sich normativ ableiten, dass der Gesetzgeber in der Regel eine Bieterzahl von fünf für ausreichend, aber auch notwendig hält.²³

Eine Reihe von empirischen Erhebungen, die zu Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft angestellt wurden, deutet darauf hin, dass die Bildung von Bietergemeinschaften in dieser Branche in aller Regel *nicht* zu einer wettbewerblich bedenklichen Beschränkung der Zahl der Angebote führt. In der Studie von *Schneider/Wollmann* wurden in diesem Zusammenhang die Submissionsergebnisse von 45 **Infrastrukturprojekten** der letzten Jahre (also Großbauvorhaben) ausgewertet.²⁴ Diese Analyse zeigte zum einen den hohen Stellenwert von Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft. Für die ausgewerteten Projekte wurden insgesamt 297 Angebote abgegeben, davon 116 von Einzelbietern und 181 von Bietergemeinschaften. Bei einigen Großprojekten (vor allem Tunnelbau) war die Situation so, dass überhaupt nur Angebote von Bietergemeinschaften vorlagen. Die Anzahl der eingelangten Angebote variierte für die untersuchten Projekte zwischen 3 und 12. Im Durchschnitt lagen 6,6 Angebote vor (2,6 Einzelbieter gegenüber 4,0 Bietergemeinschaften). Dies spricht dafür, dass trotz der hohen Beteiligung an Bietergemeinschaften noch genügend Angebote eingegangen sind, um funktionsfähigen Wettbewerb zu gewährleisten.²⁵

Ein etwas anderes, aber ebenso interessantes Bild zeigt eine Auswertung der Angebote, welche die **Straßenbauunternehmen im Raum Amstetten** in den Jahren 2003 und 2004 gegenüber dem Amt der NÖ Landesregierung, Straßenbauabteilung 6 abgegeben haben.²⁶ Hier ging es um Straßen-

²³ Vgl. *Eilmansberger/Holoubek*, ÖZW 2008, 8.

²⁴ Vgl. *Schneider/Wollmann*, 32 f.

²⁵ Interessant ist, dass lediglich bei 10 der 45 Projekte im Ergebnis ein Einzelbieter als Billigstbieter verlesen wurde. Bei 35 Projekten (oder 78 % aller Vorhaben) gaben Bietergemeinschaften das billigste Angebot ab. Daraus lässt sich ableiten, dass Bietergemeinschaften häufig in der Lage sind, günstigere Angebote zu legen als Einzelbieter. Insoweit überrascht die in der Regel positive Einstellung öffentlicher Auftraggeber gegenüber der Bildung von Bietergemeinschaften nicht.

²⁶ Diese Auswertung wurde anlässlich des Verfahrens des OLG Wien 25 Kt 183, 184/04 erstellt. Dort ging es um die wettbewerblichen Auswirkungen von gemeinsamen Asphaltmischanlagen. Nachdem der OGH (26. 6. 2006, 16 Ok 51/05) ausgesprochen hatte, dass die Errichtung von gemeinsamen Asphaltmischanlagen durch mehrere Straßenbauunternehmen eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirke (wenn auch nicht bezwecke), wurde im fortgesetzten Verfahren geprüft, ob der Betrieb der fraglichen Anlage (es ging um ein Werk im Raum Amstetten) von der Legal Ausnahme nach § 2 Abs 1 KartG profitiert. Das wurde nach einer ausführlichen Begutachtung, sowohl durch einen privaten Gutachter der Antragsgegner als auch durch einen Gerichtssachverständigen, bestätigt. In diesem Zusammenhang wurde auch das Gutachten von *CRA* betreffend die „Ökonomische Bewertung von gemeinschaftlich betriebenen Asphaltmischanlagen in Österreich“ erstellt, welches unter http://www.vjboe.at/downloads/25/cra_bericht_asphalt_14_nov_2006_endfassung.pdf abrufbar ist. Das Kartellgericht hat die Zusammenarbeit letztlich nicht beanstandet. Die beteiligten Baufirmen haben Verpflichtungszusagen abgegeben, durch die sichergestellt wurde, dass die mit der gemeinsamen Produktion verbundenen Beschränkungen des Wettbewerbs (vor allem Kostenangleichung) nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des angestrebten Ziels (Kosteneinsparungen durch *economies of scale*) notwendig ist.

Eilmansberger/Holoubek, ÖZW 2008, 6 mwN. Die Kritik von *Rüffer* (Kartellrechtswidrige Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren, RPA 2009, 288 [291]) verkennt, dass es in diesem Zusammenhang nicht um die Frage von möglichen Effizienzsteigerungen durch Bildung einer Arbeitsgemeinschaft geht, sondern darum, ob sich die beteiligten Unternehmen für sich allein überhaupt an der Ausschreibung beteiligen würden. Davon hängt ab, ob der Wettbewerb tatsächlich (nicht bloß hypothetisch) beschränkt wird. Der BGH prüft diese Gesichtspunkte daher zutreffend bereits im Rahmen von Art 101 AEUV (bzw dessen deutschen Äquivalent, § 1 GWB) und nicht erst im Rahmen des Freistellungstatbestands.

²² Ebenso *Eilmansberger/Holoubek*, ÖZW 2008, 8; vgl auch OLG Frankfurt 27. 6. 2003, 11 Verg 2/03, NuW 2003, Verg 823 = EWIR 2004, 287 (*Lotze*) = NZBau 2004, 60; *Duursma*, Kartellrechtliche Aspekte bei der Konzeption von PPP-Strukturen, in *Mittendorfer/Weber*, Public Private Partnerships (2004) 185 (201 ff); *B. Müller*, RPA 2004, 148 ff.

baulose, bei denen Asphaltmischgut Verwendung fand und die – verglichen mit den oben analysierten Infrastrukturprojekten – zumeist deutlich geringere Bauvolumina betrafen (zum Teil weniger als € 50.000, – Gesamtvolumen). In insgesamt 85 Ausschreibungen wurden in Summe 662 Angebote abgegeben, im Schnitt also 7,8 Angebote pro Ausschreibung. Davon stammten nur 35 Angebote von Bietergemeinschaften (im Schnitt weniger als 0,4 pro Ausschreibung). Der weitaus überwiegende Teil der Angebote wurde von Baufirmen einzeln gelegt. Die Erfolgsrate der Bietergemeinschaften war absolut betrachtet gering (in nur sechs Fällen wurde der Zuschlag einer Arbeitsgemeinschaft erteilt), in Relation zur Gesamtzahl der abgegebenen Angebote aber vergleichsweise hoch: Während jedes sechste Angebot einer Arbeitsgemeinschaft Erfolg hatte („Erfolgsrate“ von 17,1 %), lag die Erfolgsrate der Einzelangebote bei 13,6 %.

Diese Auswertungen zeigen zum einen, dass die Kooperation von Baufirmen in Form von Arbeitsgemeinschaften bei kleineren Projekten wesentlich seltener stattfindet als bei Großvorhaben. Das liegt mit hoher Wahrscheinlichkeit daran, dass kleinere Projekte auch von Einzelfirmen kaufmännisch vernünftig angeboten und durchgeführt werden können. Wenn Arbeitsgemeinschaften gebildet wurden, haben sie nicht zu einer wettbewerblich spürbaren Reduktion der Gesamtbieterzahl geführt.

Einen allgemeinen Erfahrungssatz, wonach die Bildung von Bietergemeinschaften (zumindest in der Bauwirtschaft) zu einer bedenklichen Verengung des Angebots führt, gibt es demnach nicht. In Ausnahmesituationen kann das aber durchaus anders sein. Um eine derartige Ausnahmesituation ging es im Fall *Naturversuch Bad Deutsch Altenburg*, mit dem sich das BVA in seiner Entscheidung vom 30. 11. 2010 zu befassen hatte.²⁷ An dieser Ausschreibung (Gegenstand war ein wasserbauliches Großbauprojekt) haben sich nur zwei Bieter beteiligt. Das zunächst siegreiche Angebot stammte von einer Bietergemeinschaft, der alle vier (österreichischen) Unternehmen angehörten, die in der Vergangenheit gleichartige Wasserbauprojekte in Österreich durchgeführt hatten. Das einzige Konkurrenzangebot stammte von einem deutschen Unternehmen, welches mit Marktzutrittskosten (für den Antransport der wassergebundenen Gerätschaften) in Höhe von rund 4 % des geschätzten Auftragswertes konfrontiert war. Diese Marktzutrittskosten wären vermutlich deutlich geringer gewesen, wenn sich auch nur eines der österreichischen Unternehmen bereit erklärt hätte, mit diesem Anbieter zu kooperieren. Nach der Zuschlagerteilung wandte sich der unterlegene Bieter an das BVA und brachte (unter anderem) vor, dass der Zuschlag nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG zu Unrecht an die Bietergemeinschaft erteilt wurde.

Das BVA gab diesen Antrag statt. Grundlegend dafür war das Gutachten des Amtssachverständigen. Der Gutachter stellte fest, dass (unter Berücksichtigung der Möglichkeit, bestimmte Leistungen am Markt von Dritten zuzukaufen) eines der Mitglie-

der der Bietergemeinschaft zu einem Alleinangebot in der Lage gewesen wäre. Darüber hinaus wäre es zwei weiteren Beteiligten möglich gewesen, eine „Zweier-Arbeitsgemeinschaft“ zu bilden. Bei mehr Rücksichtnahme auf kartellrechtliche Belange hätte die ausschreibende Stelle daher nicht bloß zwischen zwei, sondern zumindest zwischen drei unabhängigen Angeboten wählen können. Angesichts dieser Sachlage stand die Entscheidung des BVA meines Erachtens im Einklang mit den oben geschilderten kartellrechtlichen Beurteilungsgrundsätzen. Auf einen einfachen Nenner gebracht legitimiert der Wunsch, ausgerechnet die bei vergangenen Ausschreibungen am häufigsten erfolgreichen Bieter zu einem gemeinsamen Angebot zusammenzuführen, in den Kategorien des Kartellrechts die Bildung einer Bietergemeinschaft nicht.

3. Zur Anwendbarkeit der SpezvO

Steht im Einzelfall fest, dass die Bildung einer Bietergemeinschaft zu einer wettbewerblich bedenklichen Verkleinerung des Bieterkreises führen könnte, können sich die kooperierenden Unternehmen im zweiten Prüfungsschritt allenfalls auf den Ausnahmetabestand des Art 101 Abs 3 AEUV (§ 2 Abs 1 KartG) stützen. Die Beweislast liegt in diesem Fall allerdings bei ihnen.

Dabei ist der Nachweis für die Anwendbarkeit der Legalausnahme erfahrungsgemäß nicht leicht zu erbringen. Zu diesem Zweck sind aufwendige wettbewerbsökonomische Erhebungen, wie sie etwa im Fall *Asphaltmischanlagen* angestellt wurden,²⁸ erforderlich.

Im Rahmen der ökonomischen Beurteilung ist es in aller Regel nicht sinnvoll, streng zwischen den Tatbestandsvoraussetzungen des Kartellverbots einerseits und der Legalausnahme andererseits zu unterscheiden. Die beiden Fragen, ob 1.) eine bestimmte Verhaltensweise zu einem spürbaren Nachteil für die Verbraucher führt und ob 2.) dieser Nachteil durch die Vorteile der Kooperation unter angemessener Beteiligung eben dieser Verbraucher ausgeglichen wird, fließen ineinander. Typischerweise geht die Wettbewerbsökonomie so vor, dass sie eine beide Aspekte umfassende *theory of harm* formuliert. Aus dieser *theory of harm* werden dann empirisch überprüfbare Hypothesen abgeleitet.

Die *theory of harm* bei der Bildung von Arbeitsgemeinschaften besteht in der Befürchtung, dass es zu einer künstlichen Reduktion der Anbieterzahl kommt, die letztlich zu einem Ausschreibungsergebnis führt, das für den Auftraggeber ungünstiger ist, als dies bei einer größeren Bieterzahl der Fall gewesen wäre. Die erste daraus ableitbare und empirisch überprüfbare Hypothese lautet, dass bei Ausschreibungen, an denen sich Bietergemeinschaften beteiligen, die Zahl der Angebote niedriger ist als sonst. Die zweite überprüfbare Hypothese ist, dass die niedrigere Zahl an Anbietern zu einem höheren Preis (und damit zu einem Nachteil für den Auftraggeber) führt. Ergänzend kann man die Frage stellen, ob die Beteiligung von Bietergemeinschaften zur Folge hat, dass die Differenz

²⁷ Siehe Fußnote 8.

²⁸ Vgl oben Fußnote 26.

zwischen dem Billigstangebot und dem Zweitbieter abnimmt. Das wäre ein Zeichen dafür, dass Bietergemeinschaften einem schwächeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind, als dies bei bloßen Einzelangeboten der Fall ist.

Alle diese Aspekte wurden in der Studie von *Gugler*, bezogen auf den Hoch- und Ingenieurbau bzw Tiefbau in Österreich im Jahr 2009, überprüft. *Gugler* kommt zu dem Ergebnis, dass

- die Bildung von Bietergemeinschaften die Zahl der unabhängigen Angebote statistisch betrachtet nicht spürbar vermindert,
- die Angebote von Bietergemeinschaften statistisch signifikant niedriger sind als die Angebote von Einzelfirmen und
- der Abstand zwischen dem Billigstangebot und dem Zweitbieter in Fällen, in denen eine Bietergemeinschaft teilnimmt, im Schnitt deutlich höher ist als bei einem Zuschlag an einen Einzelanbieter.

Darüber hinaus hat *Gugler* erhoben, dass nach den ihm vorliegenden Daten Bietergemeinschaften bessere Chancen haben, bei einer Ausschreibung zu gewinnen, als Einzelangebote. Dieser Befund deckt sich mit den Erhebungen von *Schneider/Wollmann*.

Juristisch betrachtet lassen diese Resultate eine zweifache Interpretation zu: Entweder kann man davon ausgehen, dass die Bildung von Bietergemeinschaften den Wettbewerb in der Regel von vornherein nicht spürbar beeinträchtigt; dann wäre schon der Tatbestand des Kartellverbots (Art 101 Abs 1 AEUV bzw § 1 Abs 1 KartG) nicht erfüllt. Oder aber die empirischen Resultate bestätigen, dass Bietergemeinschaften typischerweise effizienter arbeiten als Einzelfirmen und dass die daraus resultierenden Kostenvorteile in einem Ausmaß an die Kunden (Auftraggeber) weitergegeben werden, das den Nachteil aus dem reduzierten Wettbewerbsdruck mehr als aufwiegt. Bei dieser Betrachtung wären die Freistellungsvoraussetzungen des Art 101 Abs 3 AEUV (§ 2 Abs 1 KartG) erfüllt.

Angesichts der Erhebungen von *Gugler* wird man davon ausgehen können, dass Bietergemeinschaften in der Bauwirtschaft nur ausnahmsweise wettbewerbliche Bedenken aufwerfen. Das ist zwar „tröstlich“, beseitigt aber die Probleme der Auftraggeber und der (potenziellen) Auftragnehmer im Spannungsfeld von Kartell- und Vergaberecht nicht. Noch immer stellt sich die Frage, ob die *konkrete* Bietergemeinschaft, mit der man im Einzelfall zu tun hat, eine solche Ausnahme ist. Schon allein der frustrierte Aufwand, der entsteht, wenn eine Bietergemeinschaft zunächst im guten Glauben die Durchführung eines Projekts in Angriff nimmt, macht den Gedanken höchst unattraktiv, dass es nachträglich doch noch (etwa aufgrund eines kartellgerichtlichen Untersagungsantrags eines übergangenen Bieters oder der Bundeswettbewerbsbehörde) zu einer Beanstandung der Zusammenarbeit kommen könnte. Für die Praxis wären Richtlinien wünschenswert, die ein höheres Maß an Rechtssicherheit bieten.

Das „logische“ Instrument zur Herstellung von Rechtssicherheit wäre eine Gruppenfreistellungsverordnung nach Art 101 Abs 3 AEUV, die auf na-

tionaler Ebene entweder analog angewendet wird oder (im Wege einer Verordnung nach § 3 KartG) rezipiert werden könnte. In der Literatur liest man dazu, dass es seit der KartG-Novelle 2002 bzw dem KartG 2005 keine Freistellungsverordnung für Arbeitsgemeinschaften mehr gebe. Das ist nur bedingt richtig. Richtig ist, dass weder auf nationaler noch auf europäischer Ebene explizite kartellrechtliche Sonderregeln für die Kooperation von Unternehmen zur Durchführung eines bestimmten Projekts existieren. Sehr wohl gibt es aber Regelungen – konkret die SpezVO²⁹ –, die sich allgemein mit der gemeinsamen Produktion befassen. Es fragt sich, ob diese allgemeinen Regelungen nicht auch auf Bietergemeinschaften zu Anwendungen kommen.

Ausgangspunkt der Betrachtungen ist Art 2 Abs 1 SpezVO. Dort wird angeordnet, dass das Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV nicht für Spezialisierungsvereinbarungen gilt. Was dabei unter einer „Spezialisierungsvereinbarung“ zu verstehen ist, wird in Art 1 Abs 1 lit a SpezVO geregelt. Demnach fallen auch Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion unter diesen Begriff. Dabei ist der Terminus „gemeinsame Produktion“ nicht eng zu verstehen. Er gilt sowohl für die Herstellung von Waren als auch für die Erstellung von Dienstleistungen, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei den fraglichen Gütern um Zwischen- oder Endprodukte handelt (vgl Art 1 Abs 1 lit f und g SpezVO).

Bietergemeinschaften, wie sie etwa in der Bauwirtschaft bestehen, sind als ein Fall der „gemeinsamen Produktion“ im Sinne der SpezVO zu qualifizieren. Der Umstand, dass die Zusammenarbeit nur ein konkretes Projekt betrifft und nicht für eine im Vorhinein unbestimmte Zahl von Produkten begründet wird, tut dem keinen Abbruch. Schon aufgrund eines Größenschlusses wäre es auch eigenartig, eine temporäre Zusammenarbeit von Unternehmen strenger zu behandeln als eine auf längere Dauer angelegte Kooperation.

Auch sonst sind keine Gründe ersichtlich, warum die SpezVO auf Bietergemeinschaften unanwendbar sein sollte. Der Umstand, dass die beteiligten Unternehmen im Rahmen einer Bietergemeinschaft die fraglichen Produkte nicht selbst verkaufen, sondern gemeinsam vertreiben, ist nach Art 2 Abs 3 lit b SpezVO explizit von der Freistellung umfasst. Ebenso wenig scheitert die Freistellung daran, dass im Rahmen des gemeinsamen Vertriebs die Unternehmen den Preis für die fraglichen Waren oder Dienstleistungen einvernehmlich festsetzen (vgl Art 4 lit a SpezVO).

Der einzige Umstand, an dem die Anwendung der Verordnung scheitern kann, ist die Marktanteilsschwelle des Art 3 SpezVO. Generell gilt, dass die Freistellung nur unter der Voraussetzung gilt, dass der gemeinsame Anteil der Parteien auf dem relevanten Markt höchstens 20 % beträgt.

Was dabei unter dem „relevanten Markt“ zu verstehen ist, wird methodisch in Art 1 Abs 1 lit i SpezVO geregelt. Demnach kommt es auf jenen sachlich und räumlich relevanten Markt an, zu dem die Spezialisierungsprodukte gehören. Bei Aus-

²⁹ Siehe Fußnote 10.

schreibungsmärkten wird häufig argumentiert, dass der Markt sachlich und räumlich auf das konkrete Projekt beschränkt sei.³⁰ Art 1 Abs 1 lit i SpezVO liegt ersichtlich ein anderes Konzept zugrunde. Der Verordnung ist bewusst, dass auch Anbieter, die bislang noch nicht auf einem bestimmten Markt tätig waren (bei einem eng definierten Ausschreibungsmarkt trifft dies auf sämtliche Unternehmen zu), Wettbewerbsdruck entfalten können. Dafür spricht nicht zuletzt die Einbeziehung potenzieller Wettbewerber in die Begriffsbestimmungen (vgl Art 1 Abs 1 lit n SpezVO).

Zeitlich ist bei der Überprüfung der Marktanteilschwelle auf den Absatzwert im jeweils vorgegangenen Wirtschaftsjahr abzustellen (Art 5 lit a SpezVO). Für klein- und mittelbetriebliche Firmen wird dieser Anknüpfungspunkt in aller Regel unproblematisch sein. Sie werden in vielen Fällen unmittelbar aufgrund der SpezVO in einem rechtssicheren Rahmen untereinander Bietergemeinschaften bilden können.

Aus der Sicht von größeren Unternehmen (also namentlich industriellen Baufirmen) ist dieser Anknüpfungspunkt freilich unglücklich. Schon allein deswegen, weil industrielle Bauunternehmen typischerweise im gesamten Bundesgebiet tätig sind, beteiligen sie sich in der Regel im Verlauf eines Jahres an vielen Ausschreibungen. Bei Bildung einer Bietergemeinschaft wird der gemeinsame vergangenheitsbezogene Marktanteil daher rasch über der 20%-Schwelle liegen – obwohl die Aussichten eines Unternehmens der Bauindustrie, innerhalb einer konkreten Ausschreibung Erfolg zu haben, nicht unbedingt größer sind als die Erfolgsaussichten seiner kleineren Mitbewerber. Hier schlagen die Besonderheiten der Bauwirtschaft durch. Der Umstand, dass jedes Bauprojekt ein Unikat ist und dass jeder Teilnehmer an einer Ausschreibung gleichermaßen in der Lage sein muss, das Bauwerk technisch fertigzustellen, schränkt die Marktmacht von Großunternehmen deutlich ein. Dies verknüpft sich mit dem Gedanken, dass es für die Intensität des Wettbewerbs (bzw für die Marktmacht der einzelnen Anbieter) in einer Ausschreibungssituation nicht darauf ankommt, wie hoch der jeweilige Marktanteil in der Vergangenheit war, sondern vielmehr darauf, ob der Bieter mit einer hinreichend großen Zahl von leistungsfähigen Gegenangeboten rechnen muss. Die marktanteilsorientierte Betrachtung der SpezVO „passt“ auf derartige Märkte nicht recht.

In Situationen, in denen die Anwendungsvoraussetzungen der SpezVO im Grunde erfüllt sind und bloß die Marktanteilschwelle verfehlt wird, kann eine „analoge“ Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung im Rahmen der (individuellen) Prüfung der Legalausnahme geboten sein. Mit

³⁰ Vgl Stifter, bbl 2006, 51 ff. Stifter übersieht meines Erachtens, dass die SpezVO eigenständige Definitionen für die Abgrenzung des relevanten Marktes enthält. Diese Definitionen sind für die Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnung selbst dann ausschlaggebend, wenn – ökonomisch betrachtet – der Markt anders (enger oder weiter) abzugrenzen wäre. Eine ökonomisch abweichende Marktbetrachtung spielt erst dann eine Rolle, wenn es um die Frage geht, ob die SpezVO im Einzelfall – trotz Überschreitens der formalen Marktanteilschwelle – für eine Einzelfreistellung in Betracht kommt.

dem Erlass der SpezVO hat die Kommission ganz allgemein zum Ausdruck gebracht, dass sie einer Zusammenarbeit von Unternehmen im Rahmen der Herstellung von Waren oder Dienstleistungen positiv gegenübersteht. Das liegt daran, dass solche Vereinbarungen im Allgemeinen einen wirtschaftlichen Nutzen in Form von Größen- oder Verbundvorteilen oder besseren Produktionstechniken mit sich bringen (vgl Erwägungsgrund 10 der SpezVO). Das trifft auch dann zu, wenn die an der Kooperation beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr gemeinsam mehr als 20 % des Absatzwertes innerhalb eines bestimmten Marktes auf sich vereint haben. Es muss nur gewährleistet sein, dass der Wettbewerbsdruck auf die beteiligten Unternehmen groß genug ist, um diese zur vollen Realisierung der Effizienzvorteile und zur Weitergabe an den Auftraggeber zu bewegen. Das ist, wie oben dargelegt, in Ausschreibungssituationen häufig selbst dann der Fall, wenn sich die lokalen Niederlassungen von Großunternehmen an einer Bietergemeinschaft beteiligen.

Zusätzlich zur reinen Marktanteilsprüfung wird man daher auf Ausschreibungsmärkten noch eine Analyse des Bieterverhaltens im betreffenden Markt im letzten Geschäftsjahr vor der Kooperation anzustellen haben. Falls sich (wie dies in den von Gugler analysierten Segmenten der Fall war) zeigt, dass die Bildung einer Bietergemeinschaft in der Vergangenheit nicht dazu geführt hat, dass die Zahl der Anbieter unter ein hinreichendes Maß gefallen ist, kommt auch eine Bietergemeinschaft von Großunternehmen – in analoger Anwendung der SpezVO – in den Genuss der Freistellung. Selbst in diesem Bereich hat die SpezVO daher einiges an „Potenzial“.

Schlussfolgerungen

Über die Vereinbarkeit von Bietergemeinschaften mit Kartellrecht wurde in jüngerer Zeit viel diskutiert. Es handelt sich um einen (praktisch wichtigen) Bereich, in dem ein höheres Maß an Rechtssicherheit sowohl im Interesse der Auftraggeber als auch der Anbieter läge.

In den bisherigen Diskussionen zu diesem Thema hat sich zwar ein recht klares Bild zu den Konturen und zur Reichweite des sogenannten „Arbeitsgemeinschaftsgedankens“ herausgebildet. Diese Überlegungen gehen aber nicht weit genug. Die empirischen Befunde, wie sie namentlich zur Bauwirtschaft vorliegen, zeigen, dass Bietergemeinschaften nur unter eher außergewöhnlichen Umständen (wie im Fall *Naturversuch Bad Deutsch Altenburg*) auf Bedenken stoßen.

Ein Ansatzpunkt, um in diesem Umfeld eine bessere Orientierung zu erhalten, ist die Anwendung der SpezVO. Diese Verordnung erfasst auch eine Zusammenarbeit von Unternehmen, die sich auf die gemeinsame Herstellung eines bestimmten Werkes beschränken. Unternehmen der Bauindustrie könnten dabei allerdings mit der Marktanteilschwelle der SpezVO, die nicht auf die Besonderheiten von Ausschreibungsmärkten Bedacht nimmt, Probleme haben.

Diesen Problemen ist (im Einklang mit der wettbewerbsökonomischen Theorie) im Rahmen einer Einzelfallprüfung nach Art 101 Abs 3 AEUV (§ 2 Abs 1 KartG) Rechnung zu tragen. Sofern es (gemessen an den Erfahrungswerten bei Ausschreibungen im selben Bereich im letzten Geschäftsjahr) keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Bildung der Bietergemeinschaft die Zahl der unabhängigen Angebote auf weniger als fünf begrenzt, können auch Großunternehmen in (analoger)

Anwendung der SpezVO von der Freistellung profitieren.

Angeht die Existenz der SpezVO wird man auf eine eigenständige österreichische Freistellungsregelung im Rahmen von § 3 KartG verzichten können. Eine mit Augenmaß praktizierte Anwendung des Legalausnahmetatbestands nach § 2 Abs 1 KartG sollte genügen, um zu wettbewerbsrechtlich angemessenen und auch praktikablen Lösungen zu gelangen.

Ausscheiden wettbewerbswidriger Angebote Die Grenze zwischen Vergabe- und Kartellrecht

Thomas Kurz

Der vorliegende Beitrag beleuchtet die Regelung des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG über das Ausscheiden wettbewerbswidriger Angebote von der Auftragsvergabe.

1. Einführung

Schnittstellen bereiten nicht nur in der technischen Umsetzung von Bauvorhaben Probleme, sondern auch in der juristischen Praxis. Die Schnittstelle zwischen Vergabe- und Kartellrecht ist besonders schwierig, weil beide Rechtsgebiete sehr jung sind; in der heute bekannten Ausprägung werden sie in Wahrheit erst seit dem EU-Beitritt Österreichs ernsthaft betrieben. Daraus folgt, dass es zu den meisten Sachverhalten nur wenig oder gar keine einschlägige Judikatur gibt.¹

Die gegenständliche Schnittstelle zwischen Vergabe- und Kartellrecht (sowie Wettbewerbsrecht allgemein) ist aber wesentlich, weil es um das Ausscheiden von Angeboten geht. Gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG (bzw für Sektorenauftraggeber § 269 Abs 1 Z 6 BVergG) sind vom Auftraggeber zwingend auszuschneiden:

„Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstößende Abreden getroffen haben“.

Der genaue Inhalt dieser Bestimmung ist für Auftraggeber wie für Auftragnehmer wichtig, um Rechtssicherheit in ihrem Handeln zu haben, und soll daher im Folgenden zumindest im groben Überblick abgegrenzt werden.

2. Allgemeine Fragen der Reichweite der Ausscheidensbestimmung

2.1. Beteiligte Unternehmer

Es muss sich um Abreden zwischen Unternehmern (also Rechtsträgern im Sinne der Definition des § 2 Z 37 BVergG) handeln, von denen mindestens einer ein Bieter sein muss, der ein Angebot gelegt hat.

Diese Beteiligung des Bieters, der ein Angebot gelegt hat, kann auch mittelbar erfolgt sein: So führt eine zwischen einem Konzernmutterunternehmen und einem anderen Unternehmen getroffene Kartellabrede, die aufgrund der Abrede und/oder der konzerninternen Verhältnisse auch die Tochterunternehmen umfasst, auch dann zum Ausscheiden des Angebots, wenn dieses Angebot vom – selbst nicht an der Kartellabrede direkt beteiligten – Tochterunternehmen gelegt wird.

Die sonst an der Abrede beteiligten Unternehmer müssen nicht am Vergabeverfahren beteiligt sein. Es kann, muss sich aber nicht um andere Bieter handeln. Gerade auch Abreden, die dazu führen, dass sich ein Unternehmer nicht am Vergabeverfahren beteiligt, können wettbewerbsbeschränkend sein. Ebenso kann es sich um Abreden mit Subunternehmern oder Lieferanten handeln.

Eine Abrede zwischen Bieter und Auftraggeber (oder dessen Dienstnehmern und Organen) selbst kommt insoweit nicht in Frage, als ein „Unternehmer“ gemäß § 2 Z 37 BVergG nur einer ist, der auf dem Markt die Ausführung von Leistungen gemäß BVergG anbietet. Aber auch selbständige Konsultanten und Gehilfen (zB der Ziviltechniker, der die Ausschreibung für den Auftraggeber erstellt) des Auftraggebers sind von Sinn und Zweck dieser Ausscheidensbestimmung nicht erfasst, weil nicht einzusehen wäre, warum eine wettbewerbswidrige Vereinbarung eines Bieters mit dem „Ausschreibungsersteller“ dann zum Ausscheiden führen soll, wenn die Ausschreibung von einem externen Konsultanten erstellt wurde, nicht aber dann, wenn sie von einem Dienstnehmer des Auftraggebers erstellt wurde. Derartige „Abreden“ mit dem Auftraggeber und seinen Konsultanten wären aber unter Umständen als Ausschlussgründe gemäß § 68 bzw § 229 BVergG zu beachten (als schwere berufliche Verfehlung jeweils nach Abs 1 Z 5).



Mag. Thomas Kurz
ist Rechtsanwalt in Wien.

¹ Der Rückgriff auf deutsche Literatur und Judikatur ist – wie immer – zwar hilfreich zur Entwicklung manch neuer Gedanken, aber für eine 1:1-Anwendung nicht nur aus formaler Sicht (Unzuständigkeit deutscher Behörden für österreichische Rechtsfragen), sondern auch inhaltlich aufgrund der im Detail durchaus abweichenden Gesetzeslage ungeeignet.