

DIPLOMARBEIT

Master Thesis

Die generelle Abwicklung eines Bauprojekts aus der Sicht einer Bauarbeitsgemeinschaft und der Einfluss des Kartellrechts

ausgeführt zum Zwecke der Erlangung des akademischen Grades
eines Diplom-Ingenieurs
unter der Leitung von

Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. Andreas KROPIK

und als verantwortlich mitwirkender Assistent

Univ.Ass. Dipl.-Ing. Markus GMOSER

am

Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement

E 234

eingereicht an der
Technischen Universität Wien
Fakultät für Bauingenieurwesen

von

Dominik STEINHAUSER

0826516

Rottstraße 20-22/5/6
A – 1140 Wien

Wien, am

.....

I DANKSAGUNG

An dieser Stelle möchte ich die Gelegenheit ergreifen und mich aufrichtig bei Herrn Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. Andreas Kropik einerseits für den interessanten Themenvorschlag und andererseits für die Unterstützung und die äußerst hilfreichen Zwischengespräche bedanken. Ebenfalls möchte ich auch meinem Betreuer, Herrn Univ.Ass. Dipl.-Ing. Markus Gmoser, besten Dank für die Unterstützung während der Erstellung meiner Arbeit und für die wichtigen Besprechungen aussprechen.

Mein außerordentlicher Dank gilt weiterhin meinen Eltern, die mich zeitlang meines Studiums nicht nur in finanziellen Angelegenheiten unterstützt haben, sondern mir stets Rückhalt und Sicherheit boten. Sie gaben mir die Möglichkeit, mich vollständig auf mein Studium zu konzentrieren, was der Hauptgrund meines raschen Studienfortschritts war. Ohne sie wäre mein Studienabschluss in dieser Form nicht möglich gewesen.

Des Weiteren möchte ich meinen Freunden und Studienkollegen danken, mit denen ich während meiner Studienzeit nicht nur einiges erlebt, sondern auch viel erreicht habe. Wahrscheinlich sind Studienkollegen in einer gewissen Hinsicht besondere Freunde, hat man ja mit ihnen nicht nur den „Leidensweg“ gemeinsam bestritten, sondern auch gemeistert. Besonders an der Universität habe ich gelernt, wie wichtig es ist, im Team Herausforderungen zu bestreiten und das Sprichwort „Einer für alle und alle für einen!“ hat plötzlich an Nachvollziehbarkeit gewonnen.

Ich möchte es an dieser Stelle auf keinen Fall verabsäumen, mich auch besonders bei Herrn Dipl.-Ing. Dr.techn. Christian Schranz, M.Sc. zu bedanken, der mir als Leiter des EDV-Zentrums an der TU Wien nicht nur die Gelegenheit gab, als Studienassistent zu arbeiten, sondern für mich auch ein Mentor während meines Studiums war.

Abschließend möchte ich noch meinen Interviewpartnern ein herzliches Dankeschön aussprechen, die sich die Zeit genommen haben, mich bei meiner Arbeit zu unterstützen und meine Fragen ausführlich zu beantworten. Diese Spezialisten aus der Bauwirtschaft verleihen meiner Arbeit nicht nur einen Bezug zur Praxis, sondern geben auch Rückschluss auf die aktuelle Situation in der Bauwirtschaft.

II KURZFASSUNG

Von der Projektidee bis zur Fertigstellung eines Bauwerks bedarf es unter anderem an Kreativität, Ingenieurskunst, Zeit, Kosten, Geräten, Personal und Material. Manche Projekte erfordern aber ein so großes Maß an Ressourcen, dass sich Einzelunternehmen des Öfteren zusammenschließen und ein gemeinsames Angebot abgeben. Kommt es zum Zuschlag, wickeln diese Partnerfirmen das betreffende Projekt als Arbeitsgemeinschaft ab und haften für den Bauerfolg solidarisch. Der Beginn der Arbeit behandelt die allgemeinen Grundlagen, in denen neben der Definition und den Merkmalen auch die Formen von Arbeitsgemeinschaften erläutert sind. Es folgen darin auch Beschreibungen der Vor- und Nachteile von Arbeitsgemeinschaften aus der Sicht von Auftragnehmern und Auftraggebern sowie eine Auflistung der Besonderheiten des Marktes in der Bauwirtschaft. Die anschließenden Kapitel erläutern die verschiedenen Projektphasen bei der Bauabwicklung sowie die dabei zu beachtenden Besonderheiten.

Im Hauptkapitel dieser Arbeit werden das Kartellrecht sowie dessen Einfluss auf Arbeitsgemeinschaften erörtert. Grundsätzlich versteht man unter einem kartellrechtlichen Verstoß eine verursachte Wettbewerbsbeschränkung durch Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Schließen sich demnach zu mächtige Unternehmen zusammen, liegt der Verdacht eines Kartellverstoßes nahe. Es wird erklärt, wo die Grenze an Marktmacht liegt, unter welcher man keine kartellrechtlichen Bestimmungen verletzt. Auch die Gegenüberstellung von nationalem und europäischem Kartellrecht sowie deren Gemeinsamkeiten und Differenzen unterliegen einer ausführlichen Erläuterung. Zusätzlich werden neben den kartellrechtlichen Gesetzestexten auch die wesentlichen wettbewerbsregelnden Komponenten und deren Zusammenhang behandelt. Besonders die wettbewerbsrechtliche Beurteilung, die jede Arbeitsgemeinschaft für sich zu erfüllen hat, wird in dieser Arbeit äußerst genau beschrieben. Dazu entwickelte der Autor ein Ablaufdiagramm, das dieses Beurteilungsprozedere grafisch darstellt und eine Übersicht über das komplexe Thema bietet.

Abschließend findet eine Auswertung von persönlich geführten Interviews mit Spezialisten aus der Bauwirtschaft statt. Dazu nahmen drei Auftragnehmer und drei Auftraggeber Stellung zu Arbeitsgemeinschaften in genereller Hinsicht und zu deren kartellrechtlichen Bezug.

III ABSTRACT

Between a construction idea and its implementation creativity, engineering skills, time, money, devices, human resources, material, etc. are required. Some projects cannot be handled by all contractors because of their immense volume. The only possibility for some contractors to be part of the competition is establishing a bidding consortium. Thereby some construction companies are combined to submit a joint. In case of winning the competition, the companies sign a contract to operate as a joint venture and to be liable solidary. At the beginning of this master thesis, a chapter presents general information about joint ventures and contains details on their characteristics and their forms of their occurrence as well as the definition of joint ventures. The advantages and disadvantages of joint ventures for contractors and employers are also listed and the characteristics of bidding markets in the construction industry are described. The following chapters of this master thesis deal with the phases of a project and their specific regulations concerning to joint ventures.

The main chapter of this master thesis discusses the cartel law and its influence on joint ventures. This topic is already briefly mentioned in the first part of this master thesis, when the process planning is discussed. Breach of the cartel law generally means a created restraint of competition caused by all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices. According to this, joint ventures, being powerful contractors, are suspected to break the cartel law because of their big market influence. How this border line of allowed market influence is defined will be answered in this thesis, as well as: "Do joint ventures always constrain the competition because of the induced reduction of the amount of bidders?". Additionally, a comparison of the national and the European law and their commonalities as well as their differences forms an important part of this master thesis. Furthermore, the wording of the cartel law as well as the fundamental components to regulate the competition and their relationship will be presented. The competitive evaluation of the cartel law referring to the respective joint venture that has to be completed by every joint venture before submitting an offer is described in detail. In order to reach a clearer overview about this complex topic, the author created a flow diagram.

This master thesis concludes with an analysis of interviews with experts from the construction industry. Three contractors and three employers were asked about their opinion on joint ventures and the influence of the cartel law as it applies to them.

IV ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABI	Amtsblatt
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Auftraggeber
AN	Auftragnehmer
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art	Artikel
BGBI	Bundgesetzblatt
BIEGE	Bietergemeinschaft
BVerG	Bundesvergabe-gesetz
bzw.	beziehungsweise
DEF RM	Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft
d. h.	das heißt
etc.	et cetera
exkl.	exklusive
f	folgende
ff	fortfolgende
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
Ges.m.b.H.	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GO	Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschafts-Verträge, Auflage 2008
KartG	Kartellgesetz
Kap	Kapitel
lt.	laut
QM	Qualitätsmanagement

u. a.	unter anderem
v. a.	vor allem
UWG	Unlauterer-Wettbewerbs-Gesetz
VO	Verordnung
WettbG	Wettbewerbsgesetz
z. B.	zum Beispiel

V INHALTSVERZEICHNIS

1	Einleitung	1
2	Allgemeine Grundlagen.....	3
2.1	Definition	3
2.2	Merkmale einer Arbeitsgemeinschaft.....	4
2.3	Formen von Arbeitsgemeinschaften	4
2.3.1	Beistellungs-ARGE	5
2.3.2	Dach-ARGE	6
2.3.3	Stille ARGE.....	7
2.3.4	Fortgesetzte ARGE.....	7
2.3.5	Dauer-ARGE.....	7
2.4	Vorteile/Nachteile für Auftragnehmer und Auftraggeber	8
2.4.1	Vorteile für Auftragnehmer.....	8
Unternehmerische und betriebliche Vorteile.....	8	
Technische Vorteile	9	
Wirtschaftliche und finanzielle Vorteile	9	
2.4.2	Nachteile für Auftragnehmer.....	9
2.4.3	Vorteile für Auftraggeber.....	10
2.4.4	Nachteile für Auftraggeber.....	11
2.5	Besonderheiten des Marktes in der Bauwirtschaft.....	11
2.6	Übersicht über die Phasen der Projektabwicklung	13
3	Projektvorbereitung	14
4	Planung und Genehmigung	15
5	Ausführungsvorbereitung	17
5.1	Rechtsgrundlage.....	18
5.1.1	Rechtsnatur der ARGE	18
5.1.2	Kartellrecht.....	19
5.1.3	Vergaberecht	19
5.2	Ausschreibung und Leistungsbeschreibung	20
5.3	Angebotserstellung und -bearbeitung	20
5.3.1	Zweck und Notwendigkeit einer ARGE.....	20
5.3.2	Organe und Willensbildung.....	22
Firmenrat (GO 4)	23	
Geschäftsführung (GO 5 und 6)	23	
Bauleitung (GO 7).....	24	
5.3.3	ARGE-Vorvertrag.....	24
5.4	Vergabe	25
5.4.1	ARGE-Vertrag.....	25

5.4.2	Qualitätsmanagement.....	26
5.4.3	Vertragsdauer (GO 17).....	27
5.5	Arbeitsvorbereitung.....	27
5.5.1	Regelung von Geräten (GO 8).....	27
5.5.2	Regelung von Material (GO 10).....	28
5.5.3	Regelung von Personal (GO 11)	28
5.5.4	Vergabe von Subunternehmerleistungen (GO 12)	30
5.5.5	Finanzierung (GO 6.2.1).....	30
5.5.6	Geldverkehr (GO 6.2.2)	31
6	Ausführung.....	32
6.1	Bauausführung.....	32
6.1.1	Ausschluss und Ausscheiden eines Partners (GO 18).....	32
6.1.2	Konfliktlösung durch ein Schiedsverfahren (GO 19).....	33
7	Projektabschluss	35
7.1	Übergabe	35
8	Nutzung.....	37
8.1.1	Gewährleistung und Schadenersatz.....	38
9	Kartellrechtlicher Einfluss auf ARGE-Bildungen	39
9.1	Zusammenwirken der wesentlichen wettbewerbsregelnden Komponenten	40
9.2	Europäisches Kartellrecht	47
9.2.1	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	48
9.2.2	Verordnung (EG) Nr. 1/2003.....	50
	Grundsätze (Kapitel I).....	51
	Entscheidungen der Kommission (Kapitel III).....	52
	Zusammenarbeit (Kapitel IV).....	53
	Ermittlungsbefugnisse der Kommission (Kapitel V).....	55
	Sanktionen (Kapitel VI).....	56
	Anhörungen und Berufsgeheimnis (Kapitel VIII)	57
	Freistellungsverordnungen (Kapitel IX)	58
9.2.3	Verordnung (EG) Nr. 773/2004.....	59
	Einleitung eines Verfahrens (Kapitel II)	60
	Ermittlungen der Kommission (Kapitel III)	60
	Behandlung von Beschwerden (Kapitel IV)	61
	Wahrnehmung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Kapitel V)	62
	Akteneinsicht und Behandlung vertraulicher Informationen (Kapitel VI)	63
9.2.4	Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art 101	65
	Zweck und Anwendungsbereich.....	66
	Ablaufabfolge einer Prüfung nach Artikel 101 AEUV	68
	Kartellverbot in Art 101 Abs 1 AEUV	70
	Ausnahmeregelung in Art 101 Abs 3 AEUV	81

9.3	Österreichisches Kartellrecht	94
9.3.1	Kartellgesetz seit der Novelle 2002 des KartG 1988	95
	Relevante Entwicklungsschritte des Kartellgesetzes	95
	KaWeRÄG 2012 - Maßgebende Abänderungen und Auswirkungen	97
9.3.2	Österreichisches Kartellrecht vs. EU-Wettbewerbsrecht	100
	„Anwendungsgrenze“ der beiden Rechtslagen	100
	Mögliche Anwendungskonflikte	101
9.3.3	Anwendungsbereich gemäß KartG 2005 (§ 24)	103
9.3.4	Kartellverbot gemäß KartG 2005 (§ 1).....	104
	Schutzzweck.....	104
	Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung.....	105
	Vorliegen Keiner Wettbewerbsbeschränkung	106
9.3.5	Ausnahmen vom Kartellverbot gemäß KartG 2005 (§ 2).....	107
	Bagatellkartell (Hardcore-Kartell)	108
10	Auswertung der Stellungnahmen von Spezialisten aus der Bauwirtschaft	111
10.1	Auswertung der Auftragnehmer-Interviews.....	113
10.2	Auswertung der Auftraggeber-Interviews.....	117
10.3	Auswertung der für Auftragnehmer und Auftraggeber gleichen Fragestellungen..	121
11	Literaturverzeichnis	123
12	Abbildungsverzeichnis	128
13	Tabellenverzeichnis	129
Anhang	130
A	Formblatt C.....	130
B	Leitfaden für die Interviews.....	131
C	Ergebnisse der Interviews	140
D	Art 101 und 102 AEUV (Gesetzestext).....	143
E	KartG 2005 vs. KartG 1988	145
F	KartG 2005 (Auszüge aus dem BGBl I 61/2005).....	147
G	KaWeRÄG 2012 (Auszüge aus dem BGBl I 13/2013)	152

1 EINLEITUNG

Für gewöhnlich verfügt ein Bauingenieur in seinem spezifischen Aufgabenbereich des Bauwesens über kompetentes Fachwissen. Sobald es aber in den rechtlichen Bereich geht, schwinden oftmals die diesbezüglichen Fachkenntnisse auf ein gewisses – fast schon minimales – Basiswissen, er wendet sich für gewöhnlich ab und gibt diese Verantwortung an Juristen weiter. Dieses Verhalten ist in gewisser Weise legitim, liegt das Gebiet der Rechtswissenschaften ja eigentlich nicht im Hauptaufgabenbereich eines Bauingenieurs. Aufgrund der derzeitigen Entwicklung der Bauwirtschaft aber, in welcher die Erstellung des Bauwerks der Wichtigkeit des juristischen Vertragsgeschicks immer weiter weichen muss, liegt es an uns Bauingenieuren, in unserem Revier zukünftig die Kompetenz nicht noch weiter zu verlieren. Demnach besitzt der moderne Bauingenieur heutzutage nicht nur Fachkenntnisse in baulichen Angelegenheiten, er verfügt auch über ein beträchtliches Know-How in jenen Rechtsbereichen, die seine ursprünglichen Hauptaufgaben berühren.

Diese Arbeit beschäftigt sich einerseits mit der generellen Abwicklung eines Bauvorhabens aus der Sicht einer Arbeitsgemeinschaft, andererseits mit dem Einfluss des Kartellrechts auf Arbeitsgemeinschaften. Zweifelsohne stellt letzteres Thema ein rechtliches dar, in dem sich ein in diesem Fachbereich tätiger Bauingenieur diesbezüglich soweit auskennen sollte, dass er nicht nur mitreden, sondern auch Entscheidungen treffen können sollte.

Die in den ersten Sätzen dieses Kapitels beschriebene Problemstellung nimmt der Autor zum Anlass und möchte mit der vorliegenden Arbeit, vor allem betreffend des Einflusses des Kartellrechts auf Arbeitsgemeinschaften, die Thematik in einfacher sowie begreifbarer Art und Weise darstellen, sodass sich ein Bauingenieur rasch kompetentes Fachwissen in diesem Bereich aneignen kann.

Am Beginn dieser Arbeit befinden sich allgemeine Grundlagen, in denen neben Definitionen, wesentlichen Merkmalen und Formen von Arbeitsgemeinschaften auch Vor- und Nachteile für Auftragnehmer und -geber beschrieben sind. Auf die Besonderheiten des Marktes in der Bauwirtschaft wird ebenfalls Wert gelegt. Den Abschluss dieses Kapitels bildet eine Übersicht aller im Nachhinein beschriebenen Projektphasen, welche neben den Projektschritten auch die jeweils zugeteilten Themen enthält.

Das Hauptkapitel dieser Arbeit, das eigentlich nicht wirklich vom vorherigen getrennt zu betrachten ist, sondern eine Rechtsgrundlage vor allem in der Ausführungsvorbereitungsphase darstellt, stellt die Thematik des Kartellrechts in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften dar. Dabei wird zuerst der Zusammenhang der wesentlichen

wettbewerbsregelnden Komponenten erklärt und anschließend jeweils auf die erwähnten Wettbewerbskomponenten eingegangen. Im Zuge dieser Arbeit findet auch ein Vergleich zwischen europäischem und österreichischem Kartellrecht statt, der zeigen soll, dass deren Inhalte äußerst ähnlich bis teilweise sogar wortgleich sind.

Den Abschluss dieser Diplomarbeit bildet eine Analyse von Experteninterviews, welche eigens für diese Arbeit persönlich geführt wurden. Darin wertet der Autor die von Auftraggebern und Auftragnehmern abgegebenen Stellungnahmen aus der Baupraxis zu Arbeitsgemeinschaften und zusätzlich auch zu deren kartellrechtlichen Einfluss aus.

2 ALLGEMEINE GRUNDLAGEN

2.1 Definition

Gemäß § 2 Z 14 und Z 7 BVergG 2006 werden Bietergemeinschaften und Arbeitsgemeinschaften wie folgt definiert:

*„§ 2 Z 7. **Arbeitsgemeinschaft** ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten.“*

*„§ 2 Z 14. **Bietergemeinschaft** ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann.“*

Im Bundesvergabegesetz 2006 werden in § 2 Begriffe erläutert. Rein chronologisch ist ein Unternehmenszusammenschluss im Zuge der Angebotsbearbeitung und der Angebotseinreichung eine Bietergemeinschaft (BIEGE). Erst im Falle der Beauftragung zur Ausführung und bei Unterfertigen des ARGE-Vertrages folgt daraus eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE), die das Projekt vertragsgemäß errichten soll.

Im Grunde genommen hält sich nicht einmal das BVergG 2006 an eine solche exakte Begriffsdefinition¹, denn gemäß § 20 Abs 2 BVergG 2006 können sowohl ARGEN als auch BIEGEN Angebote oder Teilnehmeranträge einreichen. Damit ist nach Steinbach (2009, S. 6) für eine Angebotseinreichung die Gründung einer BIEGE, bei der es sich im Gegensatz zu einer ARGE um keine finale Gesellschaft handelt, keine Voraussetzung und es kann bereits zwecks Angebotseinreichung eine ARGE gegründet werden.

ANMERKUNG: In der vorliegenden Arbeit wird ab sofort zwischen BIEGE und ARGE nicht mehr unterschieden, stellvertretend wird nur noch der Begriff der Arbeitsgemeinschaft (ARGE) verwendet. Eine Ausnahme davon stellt der Interviewleitfaden sowie dessen Auswertung dar, wo zwischen BIEGE und ARGE aufgrund der zeitlichen Zuordnung trotzdem differenziert wird.

¹ Als BIEGE dürften nämlich nur Unternehmenszusammenschlüsse bis zur Zuschlagserteilung bezeichnet werden.

2.2 Merkmale einer Arbeitsgemeinschaft

Die Merkmale einer Arbeitsgemeinschaft² werden in der nachfolgenden Abbildung 1 abgebildet.

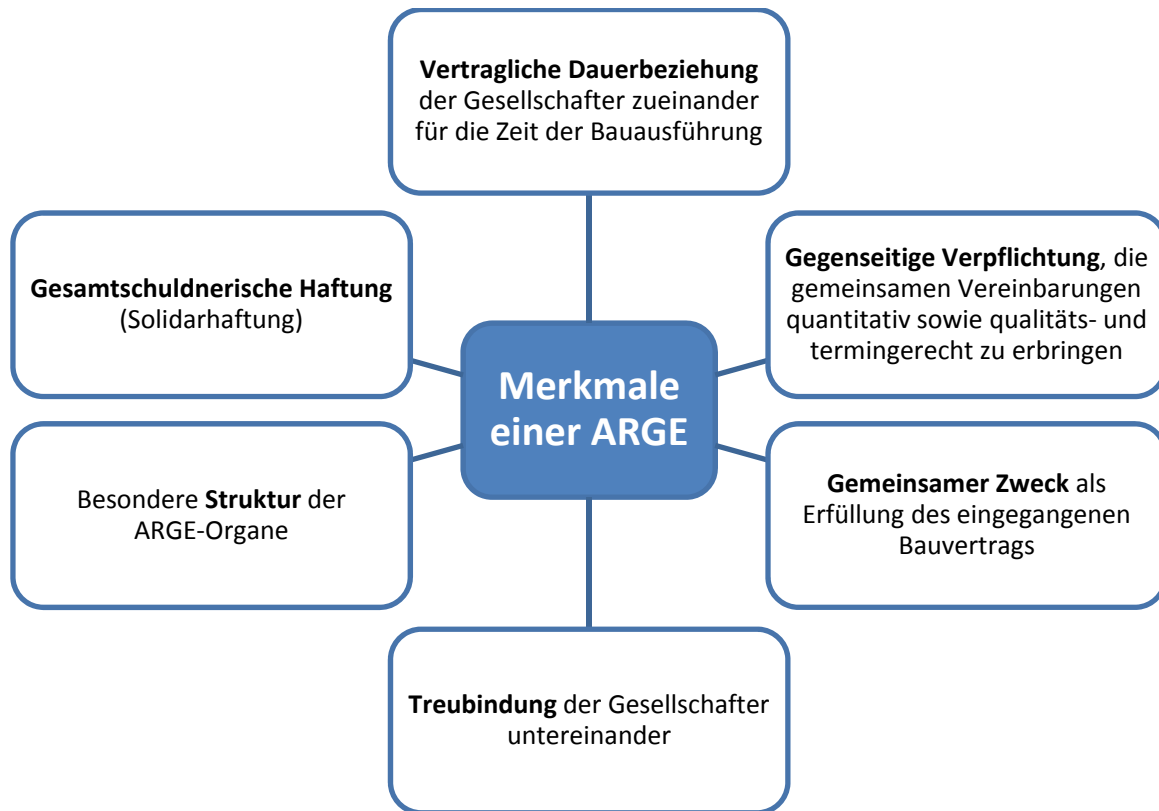


Abbildung 1: Merkmale einer Arbeitsgemeinschaft

2.3 Formen von Arbeitsgemeinschaften

Arbeitsgemeinschaften treten in verschiedenen Formen auf. Im weiteren Verlauf sollen folgende Formen von Arbeitsgemeinschaften genauer erklärt werden:

- Leistungs-ARGE
- Dach-ARGE
- Stille ARGE
- Fortgesetzte ARGE
- Dauer-ARGE

² Vgl. <http://www.bauprofessor.de/Arbeitsgemeinschaft%20%28ARGE%29/d0b84842-eeb8-4e38-83d6-c02428cbbc1c>, 25.04.2013.

2.3.1 Beistellungs-ARGE

Diese Form der Arbeitsgemeinschaft wird auch als „echte“, „normale“ oder Leistungs-ARGE bezeichnet. Bei dieser ARGE-Form arbeiten alle Partner gemeinsam an der Erstellung des Bauvorhabens und treten nach außen hin auch als Gesellschafter in Erscheinung.³ Die Beistellungs-ARGE ist zeitlich befristet und trägt den Titel einer GesbR⁴.

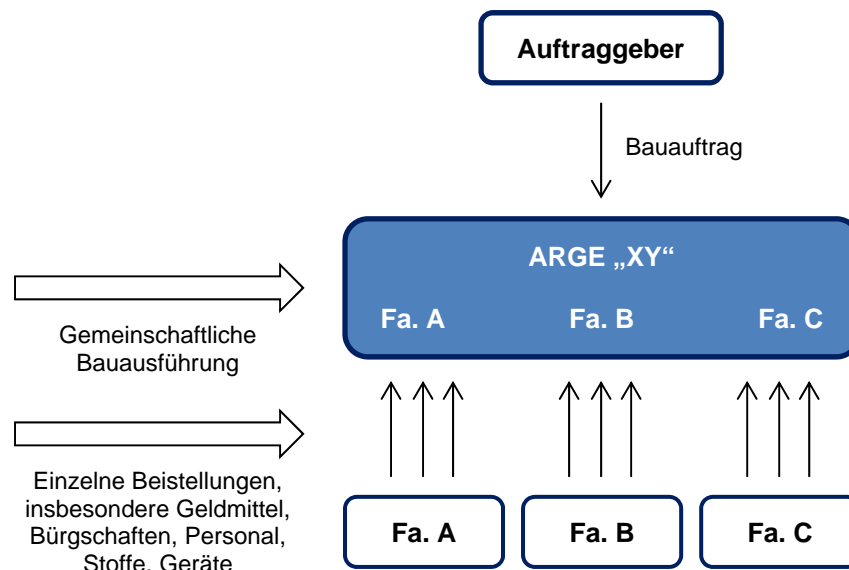


Abbildung 2: Schema einer Beistellungs-ARGE⁵

In der obigen Abbildung wird das Schema einer Beistellungs-ARGE grafisch dargestellt. Dabei schließen sich in diesem Fall Bauunternehmen (Fa.) A, B und C zusammen und stellen der Arbeitsgemeinschaft „XY“ einzelne Beistellungen, Geldmittel, Bürgschaften, Personal, Stoffe, Geräte, etc. zur Verfügung. Der Auftraggeber vergibt den Bauauftrag nicht an die Einzelunternehmen A, B und C, sondern an die Arbeitsgemeinschaft „XY“.

Die Leistungs-ARGE stellt den Normalfall einer Arbeitsgemeinschaft dar. Alle anderen ARGE-Formen sind abgeänderte Varianten und werden im Anschluss beschrieben.

³ Vgl. Krejci 1979, S. 5.

⁴ Steinbach 2009, S. 7.

⁵ Vgl. <http://bwi-bau.de/fileadmin/daten/pdf/Argeformen.pdf>, S. 1, 25.04.2013.

2.3.2 Dach-ARGE

Diese ARGE-Form wird auch „Los-ARGE“ genannt. „Eine Los-ARGE übernimmt wie jede andere ARGE die Durchführung eines Bauauftrages als Ganzes. Die ARGE-Partner führen den Auftrag auch gemeinsam aus, wobei die gemeinsame Ausführung so zu verstehen ist, dass die insgesamt übernommene Bauleistung in einzelne Teile, Lose genannt, zerlegt wird, die die Gesellschafter als eigene unternehmerische Leistung selbständig erbringen. Rechtlich geschieht das in der Form, dass die Gesellschafter mit der ARGE bezüglich der übernommenen Lose Nachunternehmerverhältnisse begründen. (...) Sinn und Zweck der Los-ARGE ist die Verminderung der mit einer ARGE verbundenen Verwaltungskosten. Dadurch, dass die ARGE-Gesellschafter einzelne Gesamtleistungen als Nachunternehmer übernehmen, muss nicht jede einzelne Leistung der ARGE-Gesellschafter (...) erfasst werden.“⁶

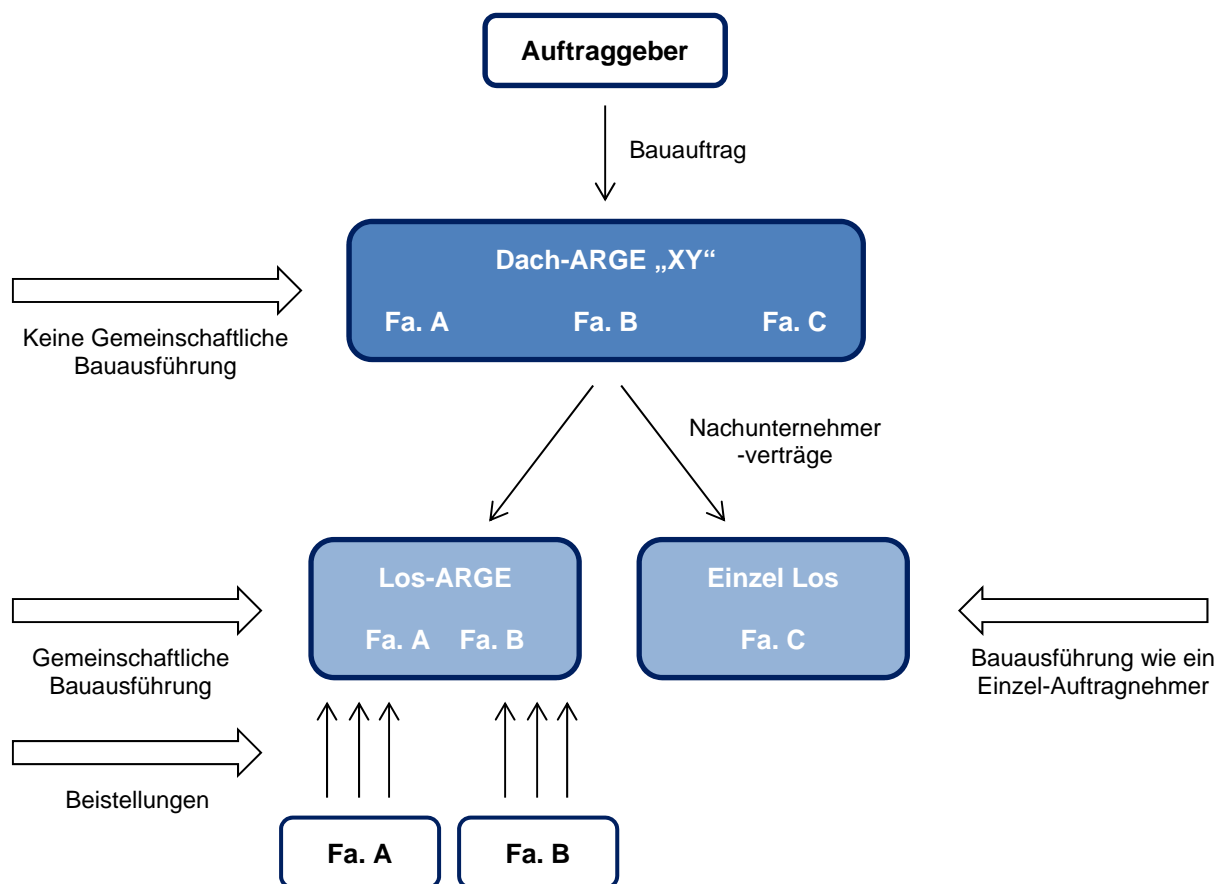


Abbildung 3: Schema einer Dach-ARGE⁷

⁶ Barner 1971, S. 41.

⁷ Vgl. <http://bwi-bau.de/fileadmin/daten/pdf/Argeformen.pdf>, S. 2, 25.04.2013.

Die zuvor dargestellte Abbildung stellt die grundsätzliche Thematik einer Dach-ARGE dar. Der Auftraggeber vergibt den Bauauftrag an eine Dach-ARGE „XY“, die sich im Vergleich zur Beistellungs-ARGE nicht in Bezug auf ihr Außen-, sondern auf ihr Innverhältnis differenziert. Dabei übernehmen einzelne Gesellschafter (Fa. C) abgegrenzte Bauleistungen („Lose“) in Form eines Subunternehmers. Die Los-ARGE, bestehend aus Fa. A und B, übernimmt den Bau der anderen Lose.

2.3.3 Stille ARGE

Bei der „stillen“ ARGE, die auch „unechte“ ARGE genannt wird, „... tritt (...) nur ein ARGE-Partner (Gesellschafter) dem Bauherrn gegenüber als Vertragspartner in Erscheinung. Die ARGE tritt nach außen nicht auf, es liegt eine so genannte „Innengesellschaft“ vor. Diese Form der ARGE unterscheidet sich von der klassischen ARGE in Bezug auf die Haftung ihrer Mitglieder Dritten gegenüber. Die sonst übliche Solidarhaftung gegenüber dem Auftraggeber findet nicht statt.“⁸

2.3.4 Fortgesetzte ARGE

Bei einer „fortgesetzten“ Arbeitsgemeinschaft bleiben die Gesellschafter bzw. ARGE-Partner in selbiger Konstellation für weitere Aufträge vereint.

2.3.5 Dauer-ARGE⁹

Mit der Bildung einer Dauer-ARGE sind sich die Partner von Beginn an einig, auf unbestimmte Zeit mehrere Bauaufträge abzuwickeln. Einer Eintragung im Firmenbuch entgeht die Arbeitsgemeinschaft damit nicht, denn sie wird gesellschaftsrechtlich zu einer Offenen Handelsgemeinschaft (OHG).

⁸ Schneider/Wollmann 2006, S. 24.

⁹ Vgl. Handbuch 2005, Kapitel 2/ Seite 8.

2.4 Vorteile/Nachteile für Auftragnehmer und Auftraggeber¹⁰

Die Bildung von Arbeitsgemeinschaften zieht Vorteile aber auch Nachteile, sowohl auf Auftragnehmerseite als auch auf Auftraggeberseite mit sich. Im nachfolgenden Abschnitt sollen diese aufgezählt und näher ausgeführt werden.

2.4.1 Vorteile für Auftragnehmer

Arbeitsgemeinschaften bieten für Bauunternehmen Vorteile verschiedener Art. Dabei werden unternehmerische und betriebliche, technische sowie wirtschaftliche und finanzielle Vorteile verstanden, welche in den folgenden Absätzen aufgezählt werden.

UNTERNEHMERISCHE UND BETRIEBLICHE VORTEILE

- *Steigerung der Leistungsfähigkeit durch „Verstetigung der Kapazitätsauslastung*
- *Verstetigung des Umsatzes*
- *Verbesserung des gesamtunternehmerischen Risikoprofils durch breitere Risikosteuerung (Risikominimierung)*
- *Verbesserung der Markteintrittschancen (lokal, national, international) durch Erschließung neuer Geschäftsfelder und Erhöhung des Umsatzes*
- *Synergieeffekte, wenn Unternehmen an mehreren gleichartigen ARGEN beteiligt sind.*¹¹
- Durch unterschiedliche ortsansässige Anbindungen von den jeweiligen Unternehmensstandorten zur betreffenden Baustelle wird eine bessere Einbindung eines der Baustelle nahe gelegenen Unternehmens gewährleistet, was zu einer besseren Überwachung und Verbindung mit dem Bauherrn führt.
- Erhöhung der Anbietereffizienz, da ARGE-Angebote öfter den Zuschlag erhalten¹²

¹⁰ Vgl. Schneider/Wollmann 2006, S. 26ff und <http://www.bauprofessor.de/Arbeitsgemeinschaft%20%28ARGE%29/d0b84842-eeb8-4e38-83d6-c02428cbbc1c>, 25.04.2013 und Gugler 2010, S. 10ff.

¹¹ Schneider/Wollmann 2006, S. 26.

¹² Vgl. Gugler 2010, S. 21.

TECHNISCHE VORTEILE

- Optimierung der Verfahrenstechnik und der organisatorischen Abwicklung durch den Input und die Spezialerfahrung mehrerer Partner
- Gemeinsame Beschaffung oder Entwicklung von Spezialgeräten
- Bündelung der personellen Ressourcen und der Logistik

WIRTSCHAFTLICHE UND FINANZIELLE VORTEILE

- *„Bessere Einkaufsbedingungen durch größeres Einkaufsvolumen und Übernahme der Einkaufskonditionen der größeren ARGE-Partner*
- *Erleichterung der Vorfinanzierung von Baustellen (Investitionen, Betriebskapital)¹³*
- Einhaltung bzw. Verkürzung der Bauzeit durch geringeres Ausführungsrisiko
- ARGE-Angebote sind bedeutend niedriger als jene von Einzelunternehmen

2.4.2 Nachteile für Auftragnehmer

Grundsätzlich ist die Liste der Nachteile gegenüber der, der Vorteile für Bauunternehmen um einiges kürzer. Als Nachteil ist die Solidarhaftung zu nennen, was im Endeffekt einer Risikoübernahme entspricht. Dabei übernimmt jeder ARGE-Partner das Risiko für alle anderen an der ARGE beteiligten Unternehmen und umgekehrt. Der Auftraggeber kann in diesem Fall die Erfüllung des Werkvertrags von einer, von mehreren oder von allen Partnerunternehmen verlangen. Gemäß dem Gutachten von Schneider/Wollmann (2006, S. 27) entstehen für die beteiligten ARGE-Unternehmen dann große Nachteile, wenn es zwischen der Angebotsabgabe und der Zuschlagserteilung zu einem Ausfall eines ARGE-Partners kommt. Aus vergaberechtlicher Sicht sind nämlich nachträgliche Änderungen der Bietergemeinschaft unzulässig. Dementsprechend können sich auch die verbleibenden an der ARGE beteiligten Unternehmen nicht mehr am betreffenden Projekt beteiligen, wenn ein Partnerunternehmen innerhalb der erwähnten Zeitspannt insolvent wird.

Ein ebenfalls zu erwähnender Nachteil, der im Vergleich zum vorherigen nicht wirklich ins Gewicht fällt, ist der höhere administrative Aufwand. Dass die gemeinsame Angebotserstellung sowie die gemeinsame Abstimmung bei der Bauabwicklung mehr Aufwand bedeuten als jener eines Einzelunternehmens ist offensichtlich. Um Uneinigheiten, Konflikte und daraus resultierende Mehraufwände so gut es geht vermeiden zu können,

¹³ Schneider/Wollmann 2006, S. 26.

werden die Musterdokumente der ARGE-Verträge verwendet. Somit ist nur für Unternehmen, die zum ersten Mal eine ARGE bilden, der administrative Aufwand höher. Für solche, die bereits öfters eine Arbeitsgemeinschaft gegründet haben, wird der Aufwand allerdings zur Routine und fällt als solcher eigentlich nicht mehr wirklich ins Gewicht.

So vorteilhaft auch eine ARGE-Gründung bezüglich der Kapazitätsauslastung ist, so nachteilhaft ist natürlich die im Auftragsfall entstehende technische Abhängigkeit, „... wenn die Kapazitäts- und Leistungsprofile sehr unterschiedlich zwischen den beteiligten Partnern sind.“¹⁴

Außerdem muss einem Unternehmen bei einer ARGE-Bildung klar sein, dass es zwischen den Partnern zu einer Preisgabe von Fachkenntnissen¹⁵ kommen kann, was die Marktstellung der einzelnen ARGE-Partner verbessert und sie zu einer schärferen Konkurrenz für die nächsten Projekte macht.

2.4.3 Vorteile für Auftraggeber

- Minimierung des Ausführungsrisikos und Förderung der Termintreue durch Solidarhaftung der ARGE-Partner
- Erzielen von Qualitätsverbesserungen durch Wissensbündelung der beteiligten Unternehmen
- Aufgrund guter Lieferantenbeziehungen können Preisvorteile resultieren, womit Kosten eingespart und niedrige Angebotspreise abgegeben werden können
- Mehr Wettbewerb und höhere Wettbewerbsintensität aufgrund größerer Beteiligung von Bietern durch ARGE-Bildungen¹⁶
- Weitergabe von Effizienzgewinnen (z. B. Kosteneinsparungen) an den Auftraggeber in Form von günstigeren Angebotspreisen
- In Ausschreibungen lassen ARGEN statistisch gesehen „mehr Geld am Tisch liegen“¹⁷

¹⁴ <http://www.bauprofessor.de/Arbeitsgemeinschaft%20%28ARGE%29/d0b84842-eeb8-4e38-83d6-c02428cbbc1c>, 25.04.2013.

¹⁵ Darunter werden u. a. Kalkulationswerte, Erfahrungswerte, neue Kontakte und dergleichen verstanden.

¹⁶ Mithilfe einer Arbeitsgemeinschaft können Unternehmen an der Ausschreibung teilnehmen, die alleine nicht den Aufwand auf sich genommen hätten oder aus eigener Kraft nicht in der Lage gewesen wären, ein Angebot zu legen (z.B. fehlendes Fachpersonal, fehlende Genehmigung, etc.).

¹⁷ D. h. die Differenz vom Erst- zum Zweitbieter ist größer, wenn ARGEN am Ausschreibungswettbewerb teilnehmen. Dies resultiert aus günstigeren Angebotspreisen. (Gugler-Gutachten Kurzfassung 2010, S. 5)

2.4.4 Nachteile für Auftraggeber

Letztendlich haben Arbeitsgemeinschaften nicht nur Vorteile gegenüber Auftraggebern, sondern auch Nachteile. Sprechen sich Unternehmen ab, schließen sich Firmen zusammen deren Marktanteile sehr hoch sind oder reduzieren Unternehmenszusammenschlüsse den Wettbewerb durch eine geringere Anzahl an eingereichten Angeboten, wird der Wettbewerb gedämpft und daraus resultiert ein höheres Preisniveau zu Lasten des Bauherrn.

2.5 Besonderheiten des Marktes in der Bauwirtschaft

Auf „normalen“ Märkten kann der Konsument aus einer gewissen Produktpalette auswählen. Möchte man z.B. einen Fernseher kaufen, so geht man in ein Fachgeschäft und vergleicht die Produkte der unterschiedlichen Anbieter miteinander. Ein Vergleich ist dabei relativ einfach anzustellen. Technische Daten wie Bilddiagonale, Bildrate, etc. sowie der Preis können mit anderen Geräten direkt verglichen werden. Natürlich kommt noch der subjektive Eindruck über das Design und die Lautsprecherleistung dazu. Wiegt man alle Aspekte ab, kann man nun einen Fernseher kaufen, der den eigenen Vorstellungen am ehesten entspricht.

Im Gegenzug dazu ist der Markt, auf dem die Bauwirtschaft operiert, eine Besonderheit, da individuell auf den Konsumenten¹⁸ eingegangen und das Bauvorhaben exakt nach dessen Wünschen und Vorstellungen errichtet wird.

Ein Gebäude ist auch nicht so schnell errichtet, wie ein Fernseher gekauft ist. Dieser Vergleich hinkt natürlich, aber aufgrund der Individualität eines jeden Bauvorhabens ist in der Bauwirtschaft keine Produktion auf Lager möglich und somit verstreicht bis zur Fertigstellung je nach Größe des Gebäudes unweigerlich eine gewisse Zeit, da stets alle Projektphasen von der Projektvorbereitung bis zum Projektabschluss durchlaufen werden müssen.

Angesichts der Tatsache, dass jedes Bauwerk ein Unikat ist, weiß man als Bauherr im Vorhinein auch den exakten Preis nicht. Um sich eine Preisübersicht zu verschaffen, schreibt er das Bauvorhaben aus und unternimmt eine Auswertung der eingereichten Angebote. Zu diesem Zeitpunkt bekommt er zum ersten Mal seit der Entwicklung der Projektidee ein konkretes Preisangebot. Im Vergleich zum vorherigen Beispiel mit dem Fernseher ist dieses Angebot allerdings nicht kostenlos, denn bis zu diesem Zeitpunkt (Angebotsphase) bedarf es

¹⁸ Darunter ist in diesem Zusammenhang der Bauherr zu verstehen.

einigen Aufwand an Projektentwicklung, Planungsleistung, etc., der selbstredend mit Kosten verbunden ist.

Weitere wesentliche Besonderheiten des Marktes in der Bauwirtschaft werden im Folgenden aufgezählt:

- Grundsätzlich gibt es in einem Projekt zwei Parteien (Auftragnehmer und Auftraggeber), welche unterschiedliche Ziele und Interessen verfolgen, die nicht selten zu Ziel- und Interessenkonflikten führen. Der Auftraggeber möchte zu möglichst niedrigen Kosten ein hochqualitatives Gebäude in kürzester Zeit beauftragen. Der Auftragnehmer versucht für ein definiertes Gebäude mit möglichst wenig Aufwand den größtmöglichen Gewinn zu lukrieren und das noch dazu über einen Zeitraum, in dem er seine Kapazitäten gleichmäßig auslasten kann.
- Dadurch, dass Bauherrn bereits in frühester Planungsphase eine Kostenprognose mit gewissem Schwankungsspektrum erhalten wollen, muss mit oft ungenügenden Kenntnissen ein Preis genannt werden, der sich in ihren Köpfen so sehr fest setzt, dass sie zumeist auch bei Änderungen (Ausführungsänderungen, Größenänderungen, Qualitätsänderungen, Nutzungsänderungen, ...) an diesem festhalten möchten.
- Wie bereits erwähnt, kann in der Bauwirtschaft nicht auf Lager produziert werden. Demnach stellen Bauunternehmen lediglich ihre Bereitschaft zur Leistungserbringung zur Verfügung. Aufgrund dessen muss man durch die „on demand“-Produktion stets mit Änderungen von Randbedingungen rechnen.
- Abschließend sollte noch die Besonderheit des Errichtungsstandorts erläutert werden. „Kein Stückchen dieser Erde ist gleich!“ So verträumt dieser Satz auch ist, er stimmt. Jedes Bauvorhaben erfordert neue Rahmenbedingungen, egal ob in grundbautechnischer, klimatischer, bautechnischer bis hin zu kultureller Hinsicht. Eines jedoch ist fast immer gleich, die Bauausführung erfolgt unter freiem Himmel. Dementsprechend sind Bauarbeiter, Geräte, Material, etc. ständig dem Wetter ausgesetzt und müssen darauf reagieren.

2.6 Übersicht über die Phasen der Projektabwicklung

Aus dem Titel der vorliegenden Arbeit ist zu entnehmen, dass es sich im ersten Teil dieser Arbeit um die Abwicklung eines Bauprojekts handelt. Ein kurzer Überblick über die Projektphasen¹⁹ ist in Abbildung 4 enthalten. Darin sind nicht nur die Projektphasen selbst, sondern jeweils auch die zugehörigen Projektschritte dargestellt.

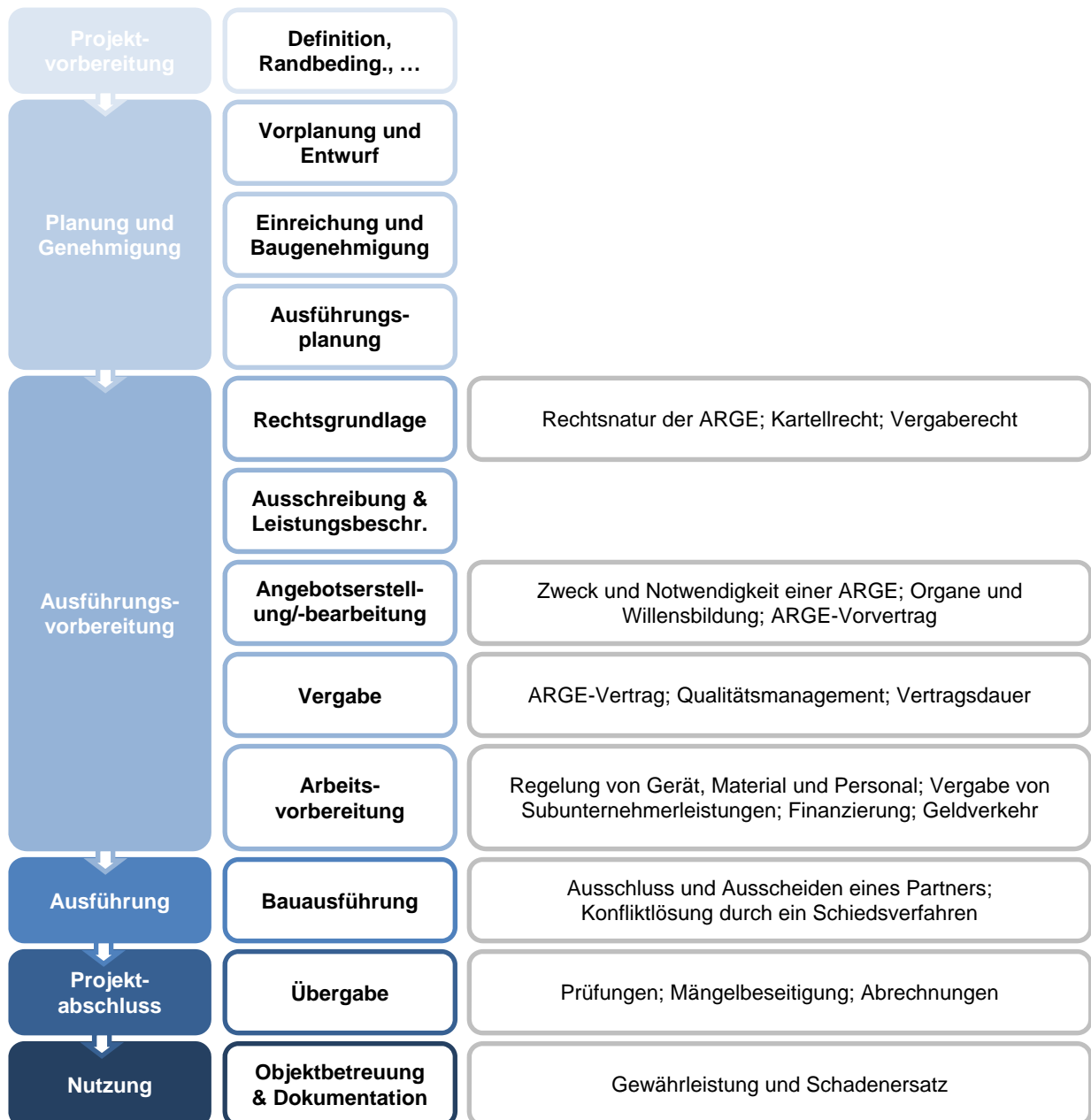


Abbildung 4: Überblick über die Projektphasen inklusive Detailgliederung

¹⁹ Die Projektphasen wurden aus der Honorarleitlinie (HO-PS), S. 8, gültig ab 1.12.2004 übernommen.

3 PROJEKTVORBEREITUNG

In Abbildung 5 wird deutlich, dass am Anfang eines jeden Projekts die Projektvorbereitung steht. Anschließend soll über die Tätigkeiten, die in dieser Projektphase stattfinden, kurz berichtet werden.

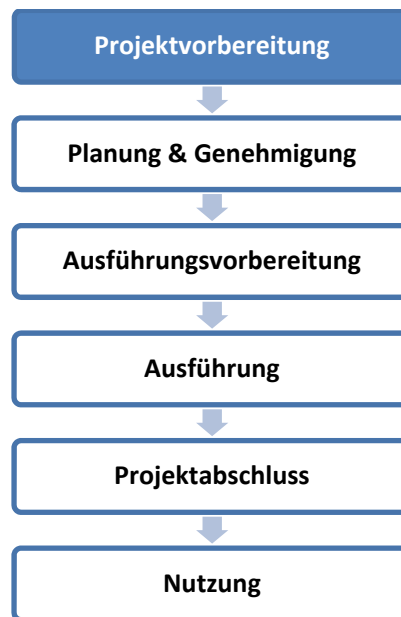


Abbildung 5: Projektphase – Projektvorbereitung

Betrachtet man die Abbildung 4 auf Seite 13, sieht man, dass neben den beiden blauen linken Spalten (Projektphase und Projektschritte) nur in manchen Zeilen, zugehörige graue Detailgliederungen abgebildet sind. Diese Detailgliederungen werden in dieser Arbeit behandelt. Zu allen anderen Zeitpunkten (exkl. des Bauvertrags in der Projektvorbereitung) fallen keine wesentlichen Zuständigkeiten von Arbeitsgemeinschaften an. Ebenso auch in der Projektvorbereitungsphase.

In der Projektvorbereitung²⁰ geht es darum, die Randbedingungen und das Projektziel zu definieren. Des Weiteren ist das Planungsteam zu bestimmen, das eine Bedarfsanalyse (Nutzerbedarfsprogramm) durchführt. Ebenso werden ein erster Kostenrahmen als auch ein Terminrahmen erstellt. Die zu dieser Projektphase gehörigen Aufgaben sind neben der Risikoanalyse und dem Prüfen auf Umweltverträglichkeit noch viele mehr, welche allerdings nicht von Arbeitsgemeinschaften sowie auch nicht von Einzelunternehmen erfüllt werden müssen. Zu diesem Zeitpunkt sind die Bauausführenden noch nicht unbedingt vom Bauvorhaben informiert.

²⁰ Vgl. Honorarleitlinie (HO-PS) 2004, S. 10.

4 PLANUNG UND GENEHMIGUNG

Nachdem die Projektziele und die Rahmenbedingungen weiterentwickelt und konkreter geworden sind, heißt es nun, die Idee als auch das übrige Gedankengut zu Papier zu bringen. Die folgende Abbildung 6 beschreibt den grundsätzlichen Ablauf der Planungs- und Genehmigungsphase. In den weiteren Unterabschnitten werden die zugehörigen Projektschritte kurz erläutert. Eines soll aber vorweg erwähnt werden; die Planungsphase überlappt sich gewissermaßen mit der Ausführungsvorbereitungs- als auch mit der Ausführungsphase, denn die Planung wird grundsätzlich parallel zu den beiden anderen Projektphasen durchgeführt, was zur Zeitoptimierung beiträgt.

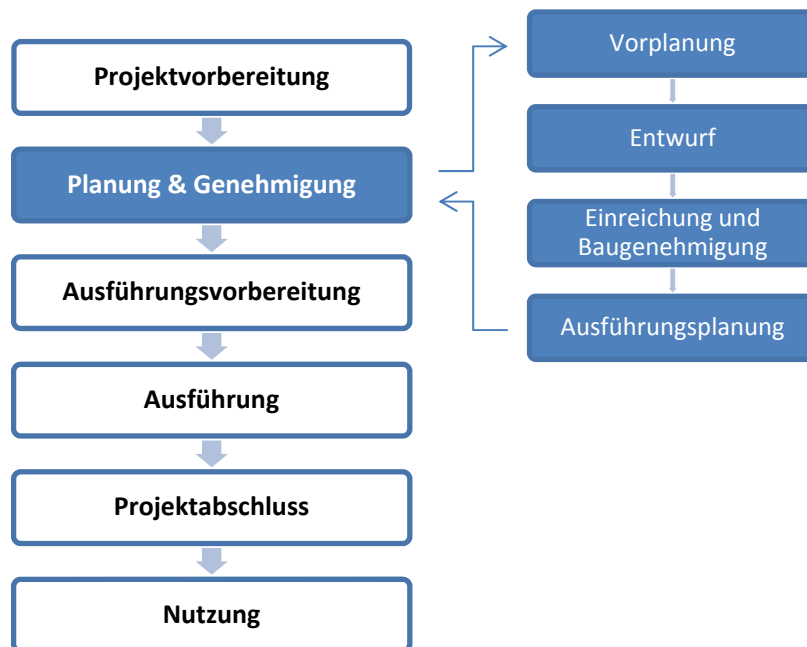


Abbildung 6: Projektphase – Planung und Genehmigung

Im Rahmen der Vorplanung²¹ werden alle ermittelten Grundlagen wie Auflagen des Bebauungsplanes, Bauwünsche des Auftraggebers, ein vom Bauherrn vorgegebener Kostenrahmen und die Abstimmung mit den Fachingenieuren miteinbezogen und weiterentwickelt.

Anschließend daran werden alle Informationen im Vorentwurf umgesetzt. Er ist „... die erste zeichnerische oder auch skizzenhaftige Wiedergabe des gedachten Bauobjektes entsprechend den Vorstellungen und Wünschen des Bauherrn, nach den Auswertungen der Grundlagen und aufgrund der Überlegungen und Ideen des Architekten. Nach der HOAI hat der Architekt zur Bearbeitung des Planungskonzeptes alternative Lösungsmöglichkeiten

²¹ Vgl. Hoffstadt/Olzem 2012, S. 49.

*nach gleichen Anforderungen zu untersuchen (als Grundleistung), d. h., er stellt dem Bauherrn Varianten zu seiner Planungsidee vor.*²²

Die Verfeinerung des Vorentwurfs stellt den Entwurf dar. Er ist die „... *endgültige Festlegung der Bauplanung nach den Vorstellungen des Bauherrn unter Einbeziehung der Angaben der Fachingenieure und der Vorgaben des Aufsichtsamtes.*“²³ Der Entwurf soll letztendlich als Basis für die Ausführungsplanung dienen. Selbstverständlich werden in der Entwurfsphase auch die Kostenrechnungen und die Terminpläne an die aktuellen Projekterkenntnisse angepasst.

Nachdem ein Entwurf vorliegt, wird dieser bei der zuständigen Baubehörde zur Einreichung gebracht. Erfüllt dieser alle Anforderungen von behördlicher Seite aus, wird dem Bauherrn für die Umsetzung dieses Projekts eine Baugenehmigung erteilt.

Sobald die Baugenehmigung erteilt wurde, kommt es zur Ausschreibung des betreffenden Bauobjekts. Es ist die Aufgabe des Bauherrn, die Bauleistung zu beschreiben und die Bauunternehmen zur Abgabe eines Angebots aufzufordern. Dieses Prozedere findet im Kapitel „5 Ausführungsvorbereitung“ auf Seite 17 statt. Dementsprechend beginnt ein Bauprojekt für eine ausführendes Bauunternehmen erst an dieser Stelle, also ab Erhalt der Ausschreibung.

Ab Erhalt der Baugenehmigung findet die Ausführungsplanung statt. Es ist nicht selten der Fall, dass schon während der Genehmigungsphase Ausführungspläne gezeichnet werden. Dies spart zwar einerseits Zeit, andererseits können große Umplanungsarbeiten die Folge von durch die Genehmigungsbehörde erteilten Auflagen sein.²⁴ Im Zuge der Ausführungsplanung werden die Ausführungspläne und die Detailzeichnungen erstellt.

²² Hoffstadt/Olzem 2012, S. 55.

²³ Hoffstadt/Olzem 2012, S. 75.

²⁴ Vgl. Hoffstadt/Olzem 2012, S. 113.

5 AUSFÜHRUNGSVORBEREITUNG

Wie im vorherigen Kapitel „4 Planung und Genehmigung“ erwähnt, startet ein Bauprojekt für Bauunternehmen erst ab Erhalt der Ausschreibung. Bis zu diesem Zeitpunkt ist jedoch ein nicht zu unterschätzender Teil an Planungsleistung bereits vollbracht.

Die Herangehensweise und die damit verbundenen Bestimmungen, Regeln als auch Auflagen werden im Anschluss an Abbildung 7 vorgestellt. Diese Abbildung beschreibt den Ablauf der Ausführungsvorbereitung.

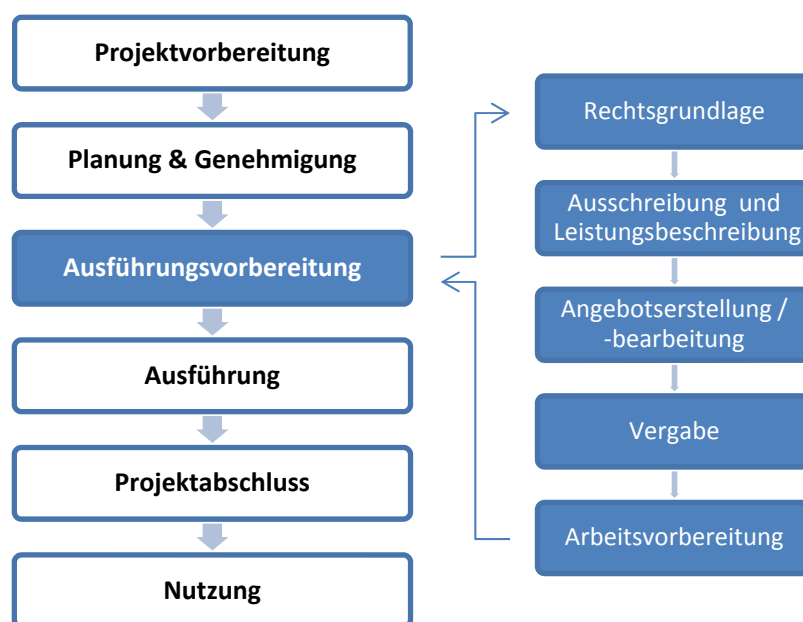


Abbildung 7: Projektphase – Ausführungsvorbereitung

ANMERKUNG: Für die Erarbeitung der folgenden Projektphasen werden die „Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschafts-Verträge, Auflage 2008“²⁵ (im weiteren als „GO“ bezeichnet) als auch das Handbuch für Bau-Arbeitsgemeinschaften, Stand: Mai 2005“ (im Folgenden mit „Handbuch“ abgekürzt) verwendet. Dadurch, dass sich das Handbuch noch auf die Geschäftsordnung 1998 bezieht, müssen Aktualisierungen mit Inkrafttreten der Geschäftsordnung 2008 am 1. Mai 2008 berücksichtigt werden. Dazu wird die Unterlage „Arge-Vertrag und Geschäftsordnung 2008 – Die wichtigsten Neuerungen im Überblick“²⁶, herausgegeben von der Wirtschaftskammer Österreich im April 2008, verwendet.

²⁵ Abrufbar als Ansichtsversion unter:
portal.wko.at/wk/dok_detail_file.wk?AngID=1&DocID=844446&StID=396462

²⁶ Abrufbar unter:
portal.wko.at/wk/dok_detail_file.wk?angid=1&docid=844450&stid=396466&dstid=131

Die GO 2008 beinhaltet allgemeine Regelungen, die für ARGEN gelten. Diese Regelungen betreffen die Aufgaben der einzelnen ARGE-Organe, die Bestimmungen bezüglich Personal, Geräte sowie Material und allgemeine Fragestellungen. Bei jedem abgeschlossenen Vertrag wird sie allerdings nicht separat zum Vertragsinhalt. Damit sie aber verbindlich wird, verlangt die Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (VIBÖ) von allen Mitgliedsfirmen eine Unterwerfungserklärung, mit der die GO Rechtsverbindlichkeit erlangt.²⁷

5.1 Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage kann nicht wirklich ein Abschnitt einer Projektphase bezeichnet werden. Allerdings stellt sie die Basis für jedes ausführungsvorbereitende Handeln dar und wird somit am Anfang der Projektphase „Ausführungsvorbereitung“ behandelt.

5.1.1 Rechtsnatur der ARGE²⁸

Üblicherweise tritt die ARGE bezugnehmend auf ihre Gesellschaftsform als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ (GesbR) auf. Im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) finden sich diesbezügliche Regelungen von §§ 1175 bis 1216, wobei die wichtigsten im Anschluss angeführt werden sollen.

Die Gründung einer GesbR findet durch einen schriftlichen, mündlichen oder konkludenten Vertrag²⁹ statt. Im Vergleich zur stillen Gesellschaft tritt die GesbR nach außen hin in Erscheinung. Dadurch, dass eine GesbR für die Durchführung eines bestimmten Geschäfts gegründet wird und nicht, wie die Offene Handelsgesellschaft (OHG) und Kommanditgesellschaft (KG) auf den laufenden Betrieb eines Vollhandelsgewerbes abzielt, ergeben sich deutliche Differenzen zu anderen Gesellschaftsformen.

Eine ARGE im Sinne einer GesbR besteht zumindest aus zwei Gesellschaftern und muss weiterhin auch aus zumindest zwei Partnern bestehen. Eine ARGE existiert nicht mehr, sofern nur noch ein Gesellschafter übrig ist. In diesem Falle geht das Gesellschaftsvermögen auf den das Geschäft fortführenden Gesellschafter über.

Man kann zwar eine Arbeitsgemeinschaft als Gesellschaft bezeichnen, juristischen Charakter hat sie allerdings nicht, was dazu führt, dass nur deren Gesellschafter als Träger aller Rechte und Pflichten klagen als auch geklagt werden können.

²⁷ Vgl. Handbuch 2005, Kapitel 1/ Seite 5.

²⁸ Vgl. Handbuch 2005, Kapitel 2/ Seite 5ff.

²⁹ In der Regel erfolgt dieser schriftlich mithilfe der von der VIBÖ entwickelten ARGE-Verträge.

Das eigene Vermögen, über das die ARGE verfügen kann und das im Miteigentum der Partnerunternehmen steht, nennt sich „Gesellschaftsvermögen“. Darüber können allerdings nur alle ARGE-Partner gemeinsam verfügen.

Arbeitsgemeinschaften können als GesbR auch nicht ins Firmenbuch eingetragen werden und keine Prokuristen bestellen. Sie sind außerdem nicht konkursfähig, es können nämlich nur die Partner insolvent werden. Des Weiteren können ARGEN selbst auch nicht als Arbeitgeber auftreten und können auch nicht über eine Gewerbeberechtigung verfügen. Diese wird von den beteiligten Partner-Unternehmen zur Verfügung gestellt.

5.1.2 Kartellrecht

Die Bestimmungen des Kartellrechts sorgen für den ordnungsgemäßen Wettbewerb. Jede Arbeitsgemeinschaft muss vor dem Unternehmenszusammenschluss unabhängig auf dessen Wettbewerbsbeschränkung geprüft werden. Dabei ist es irrelevant, ob das Projekt von einem öffentlichen oder einem privaten Auftraggeber ausgeschrieben wurde. Bei Verstößen gegen das Kartellrecht können hohe Geldbußen die Folge sein. Inwiefern das Kartellrecht die Bildung von Arbeitsgemeinschaften beeinflusst, wird in Kapitel „9 Kartellrechtlicher Einfluss auf ARGE-Bildungen“ beginnend auf Seite 39 als Kernthema dieser Arbeit erläutert.

5.1.3 Vergaberecht

Schreibt ein öffentlicher Auftraggeber ein Bauvorhaben aus und fordert dadurch Bauunternehmen zur Angebotslegung auf, muss der Vergabeprozess nach den Regeln des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerG 2006) abgewickelt werden. Für Ausschreibungen privater Bauherrn gelten die Bestimmungen des BVerG 2006 nicht.

Dadurch, dass in dieser Arbeit der Fokus sowohl auf die generelle Abwicklung eines Bauprojekts aus der Sicht einer ARGE als auch auf den damit verbundenen kartellrechtlichen Einfluss gerichtet ist, wird auf die vergaberechtlichen Vorschriften nicht näher eingegangen.

5.2 Ausschreibung und Leistungsbeschreibung

In Kapitel „4 Planung und Genehmigung“ wurde bereits dieses Thema angeschnitten. Im Namen des Bauherrn findet eine Leistungsbeschreibung des gegenständlichen Bauvorhabens statt, welche gemeinsam mit dem Einreichplan (Entwurf) ausgeschrieben wird. Damit werden die Bauunternehmen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Handelt es sich dabei um ein öffentliches Bauvorhaben, muss nach den Bestimmungen des BVergG 2006 vorgegangen werden.

Dies ist nun generell der erste Kontakt zu den potenziellen ausführenden Unternehmen. Denn ab diesem Zeitpunkt sind diese vom Bauvorhaben inklusive den Besonderheiten informiert und können ein Angebot anfertigen. Wie die Angebotserstellung verläuft wird im nachfolgenden Abschnitt „5.3 Angebotserstellung und -bearbeitung“ beschrieben.

5.3 Angebotserstellung und -bearbeitung

5.3.1 Zweck und Notwendigkeit einer ARGE

*„Gegenstand (Zweck) der ARGE-Tätigkeit ist die Ausführung eines bestimmten Bauvorhabens, samt Neben- und Zusatzaufträgen.“*³⁰ Somit ist der Zweck der Arbeitsgemeinschaft im Gesellschaftsvertrag bereits festgelegt und es sind nur solche Neben- und Zusatzaufträge zu leisten, welche der ARGE aufgrund des Bauvertrages auferlegt werden.

Zur Frage der Notwendigkeit einer ARGE-Bildung soll auf ein Gutachten³¹ von Kropik/Prestros verwiesen werden, das sich mit dieser Thematik befasst und auch diesbezügliche Checklisten enthält. Demnach ist unter dem Aspekt der Auftragserlangung zu unterscheiden, *„... ob durch die ARGE-Bildung die Erfüllung (bzw. – im zweistufigen Verfahren – die Verbesserung) der Eignung erreichbar bzw. eine Verbesserung der Zuschlagsfähigkeit auf das gemeinsame Angebot erzielbar ist.“*³² In Abbildung 8 wird der Ablauf der Untersuchung der Notwendigkeit von ARGE-Bildungen grafisch dargestellt und im Anschluss daran erklärt.

³⁰ Handbuch 2005, Kapitel 2/ Seite 9.

³¹ Checkliste zur Bewertung der Notwendigkeit einer ARGE-Bildung aus einzelbetrieblicher Sicht, September 2006.

³² Kropik/Prestros 2006, S. 2.

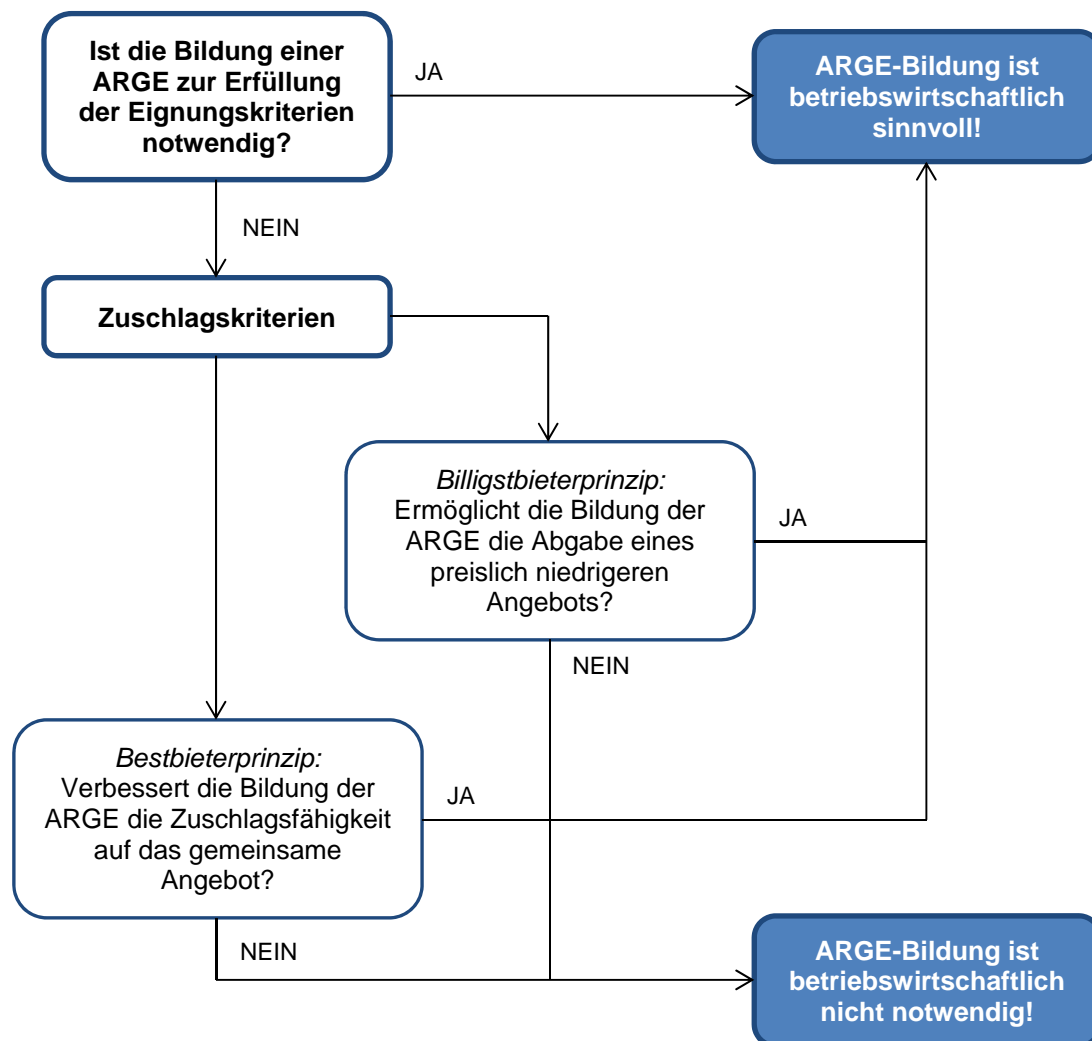


Abbildung 8: Ablauf der Untersuchung einer betriebswirtschaftlich notwendigen ARGE-Bildung³³

Der erste Beurteilungsschritt bezieht sich auf die Eignungskriterien. Ist ein Partnerunternehmen nicht in der Lage die geforderten Eignungen vorzulegen oder können die Anforderungen nur gemeinsam erfüllt werden, ist eine ARGE-Bildung betriebswirtschaftlich sinnvoll. Dadurch wird für diese Unternehmen die Chance der Teilnahme am Wettbewerb eröffnet und dies dient der Markterschließung. Aus kartellrechtlicher Sicht sind in diesem Fall jegliche Bedenken einer Wettbewerbsbeschränkung hinfällig.

Liegt eine Notwendigkeit der Bildung einer Arbeitsgemeinschaft nach der Untersuchung der Eignungskriterien nicht vor, so werden in einem zweiten Beurteilungsschritt die Zuschlagskriterien unter die Lupe genommen. Dabei wird analysiert, „... ob die Zuschlagsfähigkeit des Angebots eines Unternehmens durch die Bildung einer ARGE verbesserbar ist, indem eine insgesamt bessere oder kostengünstigere Ausnutzung der

³³ Vgl. Kropik/Prestros 2006, S. 2.

*Ressourcen, eine Verteilung von Projektrisiken, etc. erfolgt.*³⁴ Hinsichtlich kartellrechtlicher Bestimmungen muss nun untersucht werden, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt bzw. bewirkt wurde und wenn ja, ob die wettbewerbsfördernden den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen. Erst wenn obige kartellrechtliche Beurteilungen zu keinen Wettbewerbsbeschränkungen führen, liegt eine gültige und wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Vereinbarung von Unternehmen vor.

Bezüglich der Thematik der Befugnisse und deren Regelung können pauschal folgende Aussagen³⁵ getroffen werden:

- Jeder ARGE-Partner muss die Befugnis für den konkreten Leistungsteil nachweisen, den er zu erbringen hat.
- Ist der Leistungsgegenstand heterogen (aus mehreren Teilleistungen bestehend), dann beschränkt sich der Nachweis der Befugnis eines einzelnen Partnerunternehmens nur auf den ihn betreffenden Leistungsteil und nicht auf die Gesamtleistung.
- Liegt aber ein homogener Leistungsgegenstand (gleichartige Teilleistungen) vor und erfordern sämtliche Teilleistungen dieselbe Befugnis, dann muss jedes ARGE-Mitglied die betreffende Befugnis auch gesondert nachweisen.

5.3.2 Organe und Willensbildung

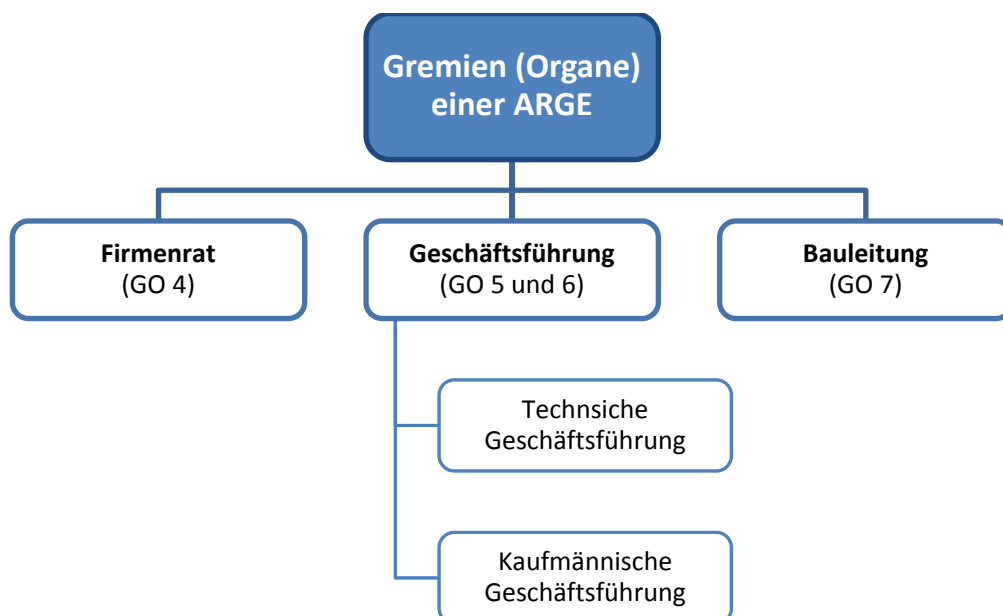


Abbildung 9: Gremien (Organe) einer ARGE

³⁴ Kropik/Prestros 2006, S. 2.

³⁵ Vgl. WKO 2010, „Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren“, abrufbar unter: portal.wko.at/wk/dok_detail_file.wk?angid=1&docid=944022&conid=412230&stid=440374

Die zuvor dargestellte Abbildung 9 zeigt die drei Gremien, welche gemäß der Geschäftsordnung gebildet werden müssen. Im Anschluss sollen diese mithilfe des Handbuchs (2005, Kapitel 2/ Seite 11ff) erklärt werden.

FIRMENRAT (GO 4)

Grundsätzlich stellt der Firmenrat das oberste Gremium der Arbeitsgemeinschaft dar und wird im Handbuch sogar als „institutionalisierte Gesellschafterversammlung mit eingeschränkter Kompetenz (Zuständigkeit)“ bezeichnet. Der Firmenrat entscheidet in grundlegenden Angelegenheiten der Arbeitsdurchführung oder in an ihn gestellten Fragen von der Geschäftsführung bzw. von den Partnerfirmen und besteht aus jeweils einem Firmenbevollmächtigten pro Partnerfirma. Eine Partnerfirma kann allerdings mehrere Stellvertreter benennen. *„Gleichgestellt sind die Inhaber von Einzelunternehmen, Vorstandsmitglieder von AG, Geschäftsführer von Ges.m.b.H. oder Personengesellschaften.“*³⁶ Wenn mehr als 50% der Stimmrechte vertreten sind, ist der Firmenrat beschlussfähig.³⁷ Dabei werden die Stimmrechte entsprechend des Beteiligungsverhältnisses der Partnerfirmen an der ARGE aufgeteilt.

GESCHÄFTSFÜHRUNG (GO 5 UND 6)

Die Geschäftsführung wird auch als das operative Gremium der Arbeitsgemeinschaft bezeichnet und setzt sich aus der technischen und der kaufmännischen Geschäftsführung zusammen, welche jeweils einer Partnerfirma zugeordnet werden und alleine vertretungsbefugt sind. Der Geschäftsführung obliegt nicht nur die Willensbildung im Innenverhältnis (Geschäftsführung im rechtlichen Sinne), sondern auch die Vertretung der ARGE nach außen. Sie entscheidet in allen Angelegenheiten über die Bauausführung gemäß dem Bauauftrag und muss nur in „grundsätzlichen Fragen“ die Zustimmung des Firmenrates einholen. *„Die technische Geschäftsführung ist verantwortlich für die ordnungsgemäße technische Durchführung des Bauvorhabens, für die Einhaltung des ARGE-Vertrages und der Beschlüsse des Firmenrates in technischer Hinsicht. Die kaufmännische Geschäftsführung ist verantwortlich für die ordnungsgemäße Durchführung sämtlicher kaufmännischer Arbeiten der Arbeitsgemeinschaft, für die Einhaltung des ARGE-Vertrages und der Beschlüsse des Firmenrates in kaufmännischer Hinsicht.“*³⁸

³⁶ Schneider/Wollmann 2006, S. 25.

Anmerkung: In diesem Zitat wird entgegen dem dieser Arbeit zugrunde liegenden Abkürzungsverzeichnis unter der Abkürzung „AG“ eine Aktiengesellschaft und nicht ein Auftraggeber verstanden.

³⁷ Vgl. GO 2008, S. 4.

³⁸ Schneider/Wollmann 2006, S. 25.

BAULEITUNG (GO 7)

Die Bauleitung setzt sich aus einem Bauleiter, einem Stellvertreter und einem eventuell zugeordneten Stellvertretenden zusammen. Die Befugnisse der Bauleitung belaufen sich auf alle ihr von der Geschäftsordnung und von der Geschäftsführung einberaumten Ermächtigungen. Außerdem obliegt der Bauleitung die Erstellung von Rechnungen an Auftraggeber, Partnerfirmen und Dritten wie auch die Umrechnung von veränderlichen Preisen.³⁹

5.3.3 ARGE-Vorvertrag

Nachdem Unternehmungen beschlossen haben, eine ARGE zu gründen und alle dafür notwendigen Entscheidungen getroffen wurden, wird von den ARGE-Mitgliedern ein ARGE-Vorvertrag schriftlich oder mündlich abgeschlossen. Ratsam ist es dafür den Mustervertrag⁴⁰ zu verwenden.

„Das ARGE-Vorvertragsformular dient zur Festlegung der Übereinkunft, im Falle eines Auftrages nach den Bestimmungen des Arbeitsgemeinschaftsvertrages eine ARGE zu gründen.“⁴¹

In diesem Vorvertrag werden die Bezeichnung des Bauvorhabens, die jeweiligen Beteiligungsverhältnisse der ARGE-Partner, der Auftraggeber, die Zuordnung der technischen als auch der kaufmännischen Geschäftsführung an jeweils eine Firma inklusive Gestionen, die Gerätemietsätze (in Prozent aus der ÖBGL für Abschreibung und Verzinsung) und allfällige besondere Vereinbarungen eingetragen. Anschließend muss jedes beteiligte Unternehmen unterzeichnen, dann ist der ARGE-Vorvertrag zustande gekommen. Erfolgt keine Beauftragung, wird der ARGE-Vorvertrag gegenstandslos.

Anschließend findet die Angebotserstellung statt, wobei sich die an der Arbeitsgemeinschaft beteiligten Einzelunternehmen auf einen Angebotspreis einigen müssen, mit dem sie dann in den Wettbewerb gehen und versuchen, den Zuschlag zu erhalten.

³⁹ Vgl. Schneider/Wollmann 2006, S. 26.

⁴⁰ Der ARGE-Vorvertrag ist auf der offiziellen Seite der Wirtschaftskammer Österreich abrufbar unter portal.wko.at/, wenn man im Suchfenster „AVVT2008“ eingibt.

⁴¹ Handbuch 2005, Kapitel 1/ Seite 5.

5.4 Vergabe⁴²

Das folgende Prozedere soll für ein öffentliches Bauvorhaben erklärt werden und läuft somit nach den Bestimmungen des BVergG 2006 ab. Nachdem alle Angebote in der Angebotsphase eingelangt sind, kommt es bei offenen und nicht offenen Verfahren an einem zuvor festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit zur Angebotsöffnung, wo alle Umschläge mit den Angeboten geöffnet werden und die jeweiligen Angebotspreise vorgelesen werden⁴³. Nachdem die Angebotsphase abgeschlossen ist, beginnt die Angebotsprüfung, in der die Angebote auf Mängelfreiheit untersucht werden. Anschließend findet die sogenannte Zuschlagsfrist statt, in der der Zuschlag auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot oder auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis fällt. Innerhalb dieses Zeitraums ist der Bieter an sein Angebot gebunden.⁴⁴ Gemäß BVergG 2006 § 131 (1) wird allen Bietern mitgeteilt, wem der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung wird u. a. auch das Ende der Stillhaltefrist bekannt gegeben. Diese beginnt mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Während der Stillhaltefrist darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Der Zuschlag ist erst dann wirksam⁴⁵, wenn einerseits während der Zuschlagsfrist der Bieter schriftlich über die Annahme des Angebots verständigt wird und andererseits erst dann, wenn nach Ablauf der Zuschlagsfrist vom Bieter eine schriftliche Annahmeerklärung erfolgt. Der Zuschlag wird dann gemäß BVergG 2006 § 134 (1) mittels Auftragschreiben, Bestellschein oder Schlussbrief erteilt.

5.4.1 ARGE-Vertrag

Erhält eine Arbeitsgemeinschaft den Zuschlag, dann wird streng genommen gemäß der Definition auf Seite 3 aus der Bietergemeinschaft eine Arbeitsgemeinschaft.

„Das eigentliche ARGE-Vertragsformular ermöglicht die individuelle Ausgestaltung der technischen, rechtlichen und kaufmännischen Rahmenbedingungen, unter denen die ARGE ablaufen soll. Dieser Teil des Vertragswerkes war in der Vergangenheit bei jedem Vertragsabschluss zu vergebühren. Seit 1.1.1995 entfällt (...) die Gebührenpflicht.“⁴⁶ Die VIBÖ bzw. der Fachverband der Bauindustrie⁴⁷ empfehlen bei Vertragsabschluss den

⁴² Vgl. BVergG 2006 § 106ff.

⁴³ Die formalisierte Öffnung der Angebote erfolgt gemäß BVergG 2006 § 118 (1) nur im offenen und im nicht offenen Verfahren. Nach BVergG 2006 § 118 (2) ist bei Verhandlungsverfahren keine formalisierte Öffnung der Angebote erforderlich.

⁴⁴ Vgl. BVergG 2006 § 112 (2).

⁴⁵ Vgl. BVergG 2006 § 133.

⁴⁶ Handbuch 2005, Kapitel 1/ Seite 5.

⁴⁷ Seit 1. Mai 2008 ist für die ARGE-Vertragsgrundlagen nicht mehr die VIBÖ, sondern der Fachverband der Bauindustrie als Herausgeber verantwortlich.

ARGE-Vertrag ⁴⁸ zu unterzeichnen und die Geschäftsordnung durch die Unterwerfungserklärung rechtsverbindlich zu machen.

5.4.2 Qualitätsmanagement

Die Qualität des Bauvorhabens wurde bereits in der Planungsphase bestimmt und spätestens im Ausführungsplan (Polierplan) für die Bausauführung festgelegt. Damit diese aber auch umgesetzt wird und damit gerade bei Arbeitsgemeinschaften nicht der Gedanke an die sarkastische Definition eines TEAMS („Toll, ein anderer machts!“) entsteht, ist die Zuhilfenahme eines Qualitätsmanagementplans für ARGEN empfehlenswert.

Angesichts der vorangegangenen Worte könnte man meinen, dass erst ab der Ausführungsphase ein solcher QM-Plan geführt werden soll. Doch auf die Qualität im Projekt muss von Anfang an genauso geachtet werden wie auf Termine und Kosten. Der erste wichtige Meilenstein ist nun mal der Abschluss des ARGE-Vertrags. Ab diesem Zeitpunkt heißt es für Arbeitsgemeinschaften, das Projekt so erfolgreich wie möglich und ohne wesentliche Komplikationen durchzuziehen.

Im Handbuch 2005 ist im Kapitel 3 auf der Seite 9 und 10 ein QM-Plan abgebildet, welcher grob in folgende Überbegriffe gegliedert werden kann:

- Konstituierung der ARGE
- Grunddaten
- Vertragsangelegenheiten
- Steuerung und Überwachung der Planung
- Arbeitsvorbereitung
- Beschaffung und Logistik
- Bauausführung
- Übergabe von Bauleistungen
- Sonstiges

⁴⁸ Der Arbeitsgemeinschaftsvertrag, Auflage 2008 ist als Ansichtsversion abrufbar unter: portal.wko.at/wk/dok_detail_file.wk?angid=1&docid=8444445&stid=396461&dstid=131

5.4.3 Vertragsdauer (GO 17)

Mit der Fertigung des ARGE-Vertrags durch alle Partnerunternehmen gilt die Arbeitsgemeinschaft als beschlossen. Die Geschäftsordnung titelt zwar unter dem Punkt 17.1, dass eine Arbeitsgemeinschaft erst mit der Übernahme der Bauarbeiten beginnt, dies darf aber „... nur dahingehend verstanden werden, dass mit Abschluss des der ARGE zu Grunde liegenden Bauauftrages der Gesellschaftszweck gegeben ist und damit die gesellschaftlichen Rechte und Pflichten einsetzen.“⁴⁹

Die ARGE gilt gemäß GO 17.1 als planmäßig beendet, wenn die aus dem Bauvertrag ergebenden Rechte und Pflichten ablaufen, allerdings nicht vor dem Ablauf der Gewährleistungsfrist und dem Auslaufen von Sicherheiten (Bankgarantien).

5.5 Arbeitsvorbereitung

Nachdem nun alle Formalitäten geklärt sind, werden alle Vorbereitungen für die Bauausführung getroffen und es beginnt die Phase der Arbeitsvorbereitung. Dabei geht es hauptsächlich um die Regelung von Geräten, Transport, Material und Personal. Auch andere arbeitsvorbereitende Aspekte bezüglich der Vergabe von Subunternehmerleistungen, der Finanzierung und des Geldverkehrs werden in den nachfolgenden Unterkapiteln erläutert.

5.5.1 Regelung von Geräten (GO 8)

Gemäß GO 8.1 gelten als Geräte „... alle Gegenstände, die ihrer Art nach in der jeweils gültigen Ausgabe der Österreichischen Baugeräteliste (ÖBGL) mit monatlichen Abschreibungs- und Verzinsungssätzen enthalten sind.“

Es ist die Aufgabe der technischen Geschäftsführung den Partnerfirmen rechtzeitig vor Baubeginn eine Gerätebedarfsliste⁵⁰ zukommen zu lassen, worauf die ARGE-Partner umgehend ihre Geräte melden und das Recht sowie die Pflicht haben, diese Geräte je nach Beteiligungsverhältnis an die Arbeitsgemeinschaft zu vermieten. Kann ein bestimmtes Gerät nicht zur Verfügung gestellt werden und möchten auch ARGE-Mitglieder nicht in ein solches investieren, dann und nur dann darf die ARGE nach einem Firmenratsbeschluss längerfristig

⁴⁹ Handbuch 2005, Kapitel 2/ Seite 21.

⁵⁰ Wie man eine solche Gerätebedarfsliste erstellt und welche Informationen dafür benötigt werden, wird in dieser Arbeit nicht erwähnt, da dieser Vorgang in der Arbeitsvorbereitung für jedes Bauprojekt durchzuführen ist, unabhängig davon, ob der Auftragnehmer eine Arbeitsgemeinschaft oder ein Einzelunternehmen ist.

mieten oder selbst investieren. ARGE-eigene Geräte können nur mit Zustimmung durch die technische Geschäftsführung an Dritte vermietet werden.

Beigestellte Geräte werden von den Partnerfirmen ausschließlich zur Erfüllung des gemeinsam übernommenen Hauptauftrages inklusive der damit verbundenen Neben- und Zusatzarbeiten vermietet und dürfen nicht an Dritte weitervermietet werden.

Jedes Gerät wird bei der An- und Rücklieferung bezüglich deren Verschleißteile beurteilt, damit dessen Abnutzung verrechnet werden kann. Dieser Untersuchungsaufwand muss aber vertretbar sein.

Sämtliche Kosten für Reparaturen werden der Partnerfirma zugeteilt, die das Gerät beigestellt hat. Für die Kosten von Original-Ersatzteilen oder gleichwertigen Teilen muss die Arbeitsgemeinschaft aufkommen.

„Geht ein Gerät verloren oder handelt es sich um einen Totalschaden (ausgenommen Feuereinwirkung), so hat die ARGE den Schaden zu ersetzen. Die (...) ÖBGL-Zeitwertbestimmung ist als Richtlinie aufzufassen, die eine vereinfachte Ermittlung des Schadens ermöglicht.“⁵¹

5.5.2 Regelung von Material (GO 10)

„Unter Material werden alle Stoffe und Gegenstände verstanden, die zum Verbrauch bestimmt sind wie Baustoffe, Betriebsstoffe und Hilfsstoffe. Soweit diese von den Partnerfirmen geliefert werden, erfolgt der Verkauf an die Arbeitsgemeinschaft zu Tagespreisen „frei Baustelle“.“⁵²

Gemäß GO 10.1 ist vorerst auf die Bestände der Partnerfirmen unter Berücksichtigung der Beteiligungsverhältnisse zurückzugreifen.

5.5.3 Regelung von Personal (GO 11)

Dadurch, dass ARGEN selbst kein Personal haben, müssen Angestellte als auch Arbeiter von den Partnerfirmen zur Verfügung gestellt werden. Dabei unterscheidet man die Abstellung und die Beistellung von Personal.

⁵¹ Handbuch 2005, Kapitel 7/ Seite 8

⁵² GO 10.1, S. 16.

„Unter Abstellung versteht die Geschäftsordnung die Überführung des Arbeitnehmers in den „Verrechnungs- und Versicherungsstand“ der ARGE. Die ARGE übernimmt die Auszahlung des Gehalts (Lohns) und meldet den Dienstnehmer auf die Dauer der Tätigkeit für die ARGE bei der Sozialversicherung an.“⁵³

Bei der Beistellung verbleiben die Dienstnehmer im „Verrechnungs- und Versicherungsstand“ der Partnerfirma. Ihr Gehalt (Lohn) als auch die sozialversicherungstechnische Meldung wird auch von der Partnerfirma übernommen, allerdings verrechnet die Partnerfirma die beigestellten Dienstnehmer der Arbeitsgemeinschaft.

Aufgrund mangelnder Rechtspersönlichkeit kann die ARGE kein Auftraggeber sein und deswegen bleibt sowohl im Falle einer Abstellung als auch einer Beistellung arbeitsrechtlich allein die jeweilige Partnerfirma Auftraggeber des Dienstnehmers.

Grundsätzlich ist das Personal von den Partnerfirmen beizustellen, unter welche auch die kurzfristige Entsendung von Personal bis zu 30 Tage fällt.

Dass die Einsatzplanung der Angestellten und Arbeiter⁵⁴ gerade bei Arbeitsgemeinschaften nicht trivial ist, ist aufgrund der vielen einfließenden Parameter nachvollziehbar. Bei der Einsatzplanung der Angestellten ist es wichtig ein Baustellenorganigramm zu erstellen. Erst wenn alle Positionen bezogen und die Aufgaben klar definiert sind, kann eine erfolgreiche Arbeitsdurchführung erfolgen. Des Weiteren wird eine Einsatzliste der Angestellten in Form eines Balkendiagramms erstellt. Die Einsatzplanung des gewerblichen Personals beginnt mit einer Ermittlung des Mannschaftsbedarfs. Dabei werden die Arbeitsvorgänge nach den Leistungsgruppen des Leistungsverzeichnisses untergliedert. Zudem wird abschnittsweise eine Stundenermittlung durchgeführt. Aus der Kenntnis der Gesamtstunden kann dann die erforderliche Personenanzahl unter Berücksichtigung von Ausfallzeiten bestimmt werden. Diese Personen werden anschließend zeitlich⁵⁵ auf den Arbeiterbedarf je nach Leistungsgruppe aufgeteilt. Im Anschluss daran kann die Mannschaftseinsatzliste erstellt werden, welche die Einteilung der Mannschaft, getrennt nach Berufsgruppen und Einsatzzeit, in Form eines Balkendiagramms darstellt.

⁵³ Handbuch 2005, Kapitel 2/ Seite 15.

⁵⁴ JODL 2012, S. 68ff.

⁵⁵ Verteilung über alle Baumonate der Gesamtbauzeit.

5.5.4 Vergabe von Subunternehmerleistungen (GO 12)

Die Vergabe von Subunternehmerleistungen wird in der Geschäftsordnung unter Punkt 12 geregelt. Die diesbezüglichen Vergabeschritte und der Ablauf⁵⁶ sollen in der folgenden Abbildung 10 dargestellt werden.

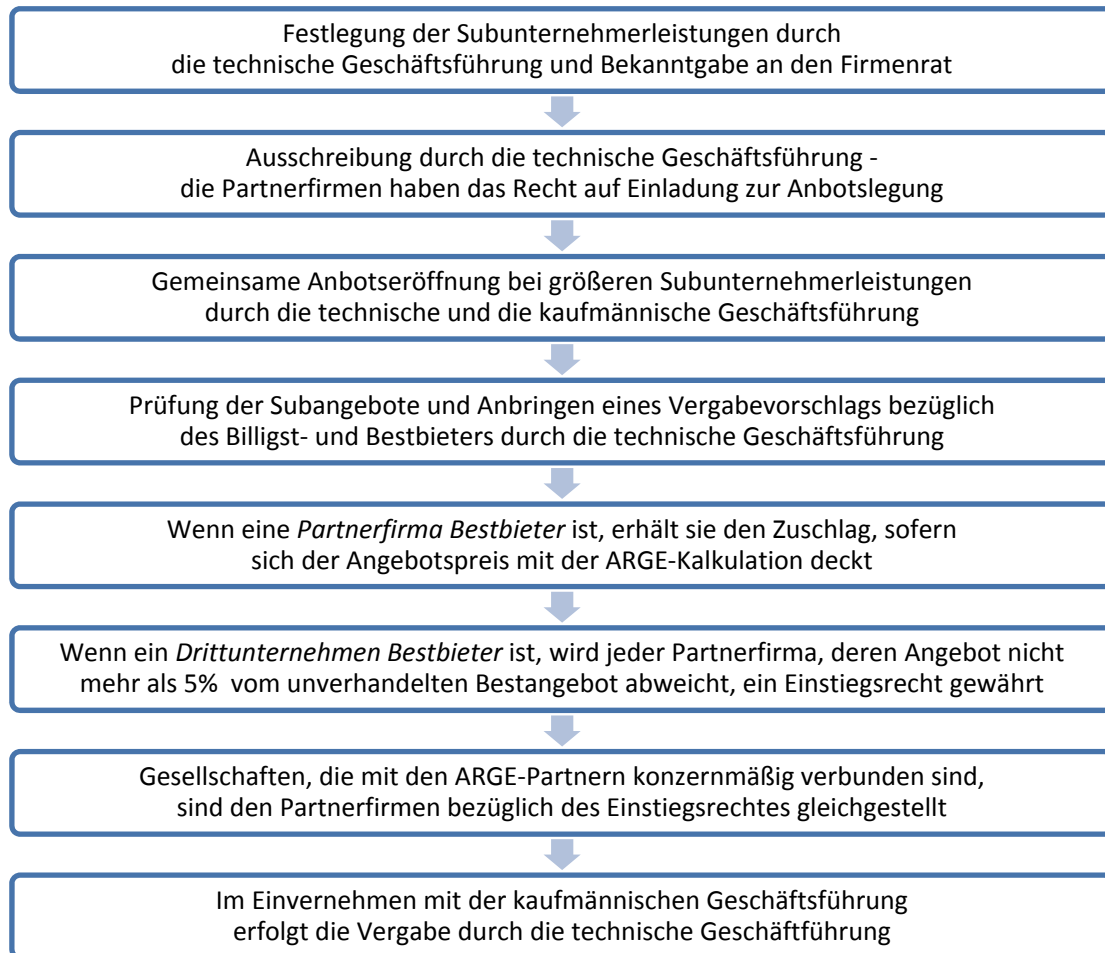


Abbildung 10: Vergabeverfahren von Subunternehmerleistungen

5.5.5 Finanzierung (GO 6.2.1)

Finanzierungsangelegenheiten fallen in den Aufgabenbereich der kaufmännischen Geschäftsführung. Die erforderlichen Geldmittel für die Bauausführung sollten durch die Anzahlungen des Bauherrn oder durch eine Kreditnahme der ARGE aufgebracht werden. Kann dies nicht erreicht werden, so sind vorübergehend Geldmittel von den Partnerfirmen unter Berücksichtigung ihres Beteiligungsverhältnisses zur Verfügung zu stellen. Dabei obliegt es der kaufmännischen Geschäftsführung, rechtzeitig die Beträge von den Partnerfirmen zu fordern.

⁵⁶ Vgl. Handbuch 2005, Kapitel 2/ Seite 16f.

Gemäß GO 6.2.1.2.3 ist die Verwendung von Vorauszahlungen des Bauauftraggebers von den Partnerfirmen einstimmig zu beschließen.

Vom Bauherrn eingehende Gelder aufgrund von verrechneten Leistungen werden gemäß nachfolgender Reihenfolge⁵⁷ verwendet:

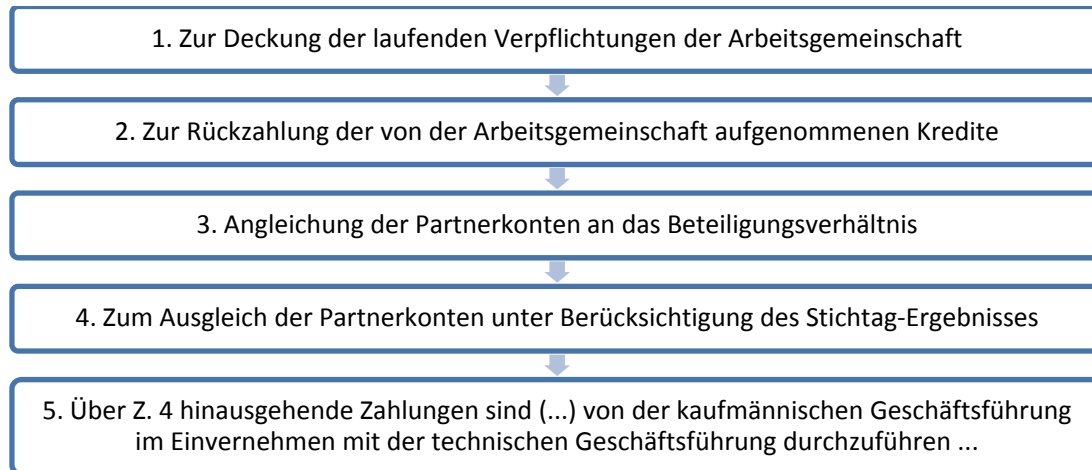


Abbildung 11: Verwendung von eingehenden Geldern aufgrund verrechneter Leistungen

ANMERKUNG: Weitere Details zur Finanzierung sind der GO 6.2.1 zu entnehmen.

5.5.6 Geldverkehr (GO 6.2.2)

Ebenso wie im vorherigen Kapitel (5.5.5 Finanzierung (GO 6.2.1)) fallen auch die Angelegenheiten bezüglich des Geldverkehrs in den Aufgabenbereich der kaufmännischen Geschäftsführung. Eine der ersten Aufgabe der kaufmännischen Geschäftsführung in Angelegenheiten des Geldverkehrs ist, sofern der Firmenrat nichts anderes beschließt, die Wahl des Bankinstituts für die Eröffnung des Hauptkontos der ARGE, auf das der Bauherr seine Einzahlungen zu leisten hat. Die kaufmännische Geschäftsführung muss sich auch darum kümmern, dass ihr vom Bankinstitut die Original-Tagesauszüge samt Belegen zugesendet werden.

ANMERKUNG: Weitere Details zum Geldverkehr sind der GO 6.2.2 zu entnehmen.

⁵⁷ GO 6.2.1.2.4, S. 7.

6 AUSFÜHRUNG

Nachdem alle Aufgaben der Ausführungsvorbereitung erfüllt sind, beginnt die Ausführung des Bauvorhabens. Abbildung 12 zeigt den bisherigen Projektverlauf und verdeutlicht auch, dass es einer Menge an Arbeit bedarf, bis der erste Baggerschurf durchgeführt oder der erste Stein am Baufeld gesetzt wird.

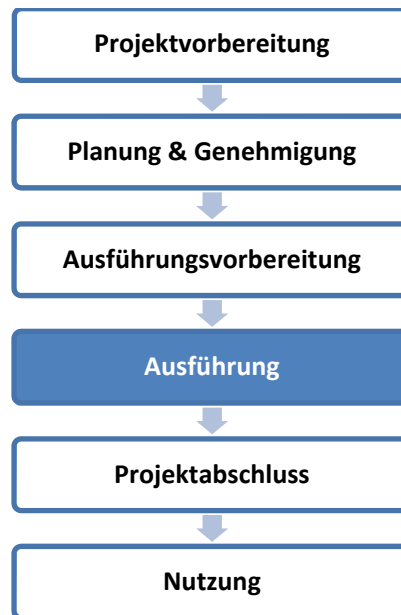


Abbildung 12: Projektphase – Ausführung

6.1 Bauausführung

Aufgrund der Tatsache, dass in der Bauwirtschaft die technische Umsetzung unabhängig davon ist, ob die Realisierung durch eine Arbeitsgemeinschaft oder durch ein Einzelunternehmen vorgenommen wird, werden im Folgenden nur ausgewählte organisatorische Besonderheiten bezüglich Arbeitsgemeinschaften während der Bauausführung behandelt.

6.1.1 Ausschluss und Ausscheiden eines Partners (GO 18)

Natürlich kann ein ARGE-Mitglied bereits vor der Ausführungsphase ausscheiden. Dieses Kapitel wurde trotzdem erst dieser Projektphase zugeordnet, weil es häufiger passiert, dass Partnerfirmen während der Ausführungsphase ausscheiden als zuvor.

„ARGE-Verträge oder die Mitgliedschaft an der ARGE können nicht einseitig aufgekündigt werden. Eine Partnerfirma kann jedoch aus wichtigem Grunde, insbesondere nach zweimaliger Mahnung wegen Verzuges mit wesentlichen Verpflichtungen, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden (18.2).⁵⁸ Um zu vermeiden, eine Partnerfirma von der ARGE gleich auszuschließen, kann auch deren Beteiligungsverhältnis reduziert werden. Nach GO 18.2 kann bei ARGEN mit nur zwei Mitgliedern ein Ausschluss nur aufgrund eines Schiedsspruches erzielt werden.

Sobald über das Vermögen einer Partnerfirma Konkurs eröffnet wird, scheidet sie gemäß GO 18.3 aus. Vom Ausscheiden betroffene ARGE-Partner müssen ihre Baugeräte und Gegenstände gegen eine angemessene Entschädigung weiter der Arbeitsgemeinschaft zur Verfügung stellen. Obwohl eine ausgeschiedene Partnerfirma nicht mehr aktiv mitarbeitet, nimmt sie im Monat ihres Ausscheidens bis zum Monatsende sowohl am Gewinn als auch am Verlust teil. Der Gewinn der noch auszuführenden Arbeiten steht ihr gemäß GO 18.7 nicht zu.

Ein Ausschluss einer Partnerfirma hat allerdings nur im Innenverhältnis Wirkung, was für sie zum Verlust des Rechts und der Pflicht zum Weiterarbeiten führt. Dies gilt nicht nur in Bezug auf die Fertigstellung des Bauwerks, sondern auch auf allfällige Haftungsarbeiten, die aus Gewährleistung oder Schadenersatz geltend gemacht werden können.⁵⁹

Gemäß Handbuch 2005 Kapitel 2/ Seite 24 geht das Vermögen des ausgeschiedenen Gesellschafters ohne weiteres auf die bzw. den verbleibenden Partner über, auch dann, wenn er konkursbedingt ausgeschieden ist. Die Masse des in Konkurs geratenen ARGE-Mitglieds kann aus der Erfüllungspflicht „herausgelöst“ werden, sofern der Masseverwalter gegenüber dem Auftraggeber die Erklärung der Nichterfüllung des weiteren Bauvertrags abgibt. Einen prozentuellen Anteil des ausstehenden Deckungs- oder Haftrücklasses kann die ausgeschiedene Partnerfirma alleine nicht fordern, dies ist nur allen ehemaligen Gesellschaftern gemeinsam möglich.

6.1.2 Konfliktlösung durch ein Schiedsverfahren (GO 19)

Konfliktfrei zu arbeiten ist heutzutage die Wunschvorstellung. Aus praktischer Sicht gibt es aber kaum ein Bauprojekt, das wirklich „wie am Schnürchen läuft“ und ohne jegliche Hindernisse umgesetzt werden kann. Unvorhergesehene Ereignisse gehören zur Tagesordnung auf der Baustelle (z. B. Wetterbedingungen, Lieferverzögerungen, Unfälle, falsche

⁵⁸ Handbuch 2005, Kapitel 2/ Seite 22.

⁵⁹ Vgl. Handbuch 2005, Kapitel 2/ Seite 23f.

Personalbedarfskalkulation, etc.). Um dem Tatbestand so gut wie möglich vorbeugen zu können, ist die Planung möglichst sorgfältig und gut durchdacht zu gestalten. Alles andere ist unter dem Begriff „Risiko“ zu erfassen und kann zwar nicht beeinflusst, aber in der Kalkulation sowie in der Termin- und Kostenplanung mittels Reserven berücksichtigt werden.

Natürlich ist es möglich, dass Konflikte auch vor dem Ausführungsbeginn stattfinden, jedoch ist die Wahrscheinlichkeit größer, dass sie eher während der Umsetzung auftreten und deswegen werden sie auch in diesem Kapitel behandelt.

Kommt es bezüglich des ARGE-Vertrags zwischen ARGE-Partnern zu Streitigkeiten, muss innerhalb von sechs Monaten der Firmenrat darüber informiert werden, um eine eivernehmliche Lösung zu finden. Findet dort keine Einigung statt, wird gemäß GO 19.2 unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges ein Schiedsgericht zur Entscheidung berufen. Gemäß dem Handbuch (2005, Kapitel 2/ Seite 25) kann *„vor dem Schiedsgericht (...) ein Anspruch nur dann mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn der Kläger über einen rechtlichen Anspruch verfügt. Im Falle einer Pattstellung ist ein solcher im Allgemeinen nicht gegeben.“*

„Diese Schiedsklausel bezieht sich auch auf Auseinandersetzungen zwischen einem ausgeschiedenen und den verbleibenden Partnern der Arbeitsgemeinschaft. Streitigkeiten unter Partnerfirmen außerhalb des ARGE-Vertrages – insbesondere aufgrund werkvertraglicher Vereinbarungen – unterliegen nicht der Schiedsgerichtbarkeit der Arbeitsgemeinschaft.“⁶⁰

Das Schiedsgericht besteht aus drei Personen, wobei jede Partei jeweils einen Vertreter (Schiedsrichter) wählt und der dritte Schiedsrichter (Obmann) durch die beiden Schiedsrichter ernannt wird. Das Schiedsgericht entscheidet nicht nur nach den Bestimmungen der Geschäftsordnung und des ARGE-Vertrags unter Anwendung materiellen österreichischen Rechts, sondern entscheidet ebenfalls über die Pflicht zur Tragung der Kosten des Schiedsgerichtsverfahrens einschließlich der Anwaltshonorare.⁶¹

Am Ende der Bauausführung ist eine saubere Abrechnung durchzuführen!

⁶⁰ GO 19.2, Seite 28

⁶¹ Vgl. GO 19.2, Seite 28

7 PROJEKTABSCHLUSS

Nach dem Bauvertrag ist das Bauwerk mit Abschluss der Bauphase errichtet und steht zur Übergabe bereit. Abbildung 13 stellt das aktuelle Projektstadium dar und verdeutlicht, dass das Bauvorhaben nach dieser Projektphase genutzt werden kann.

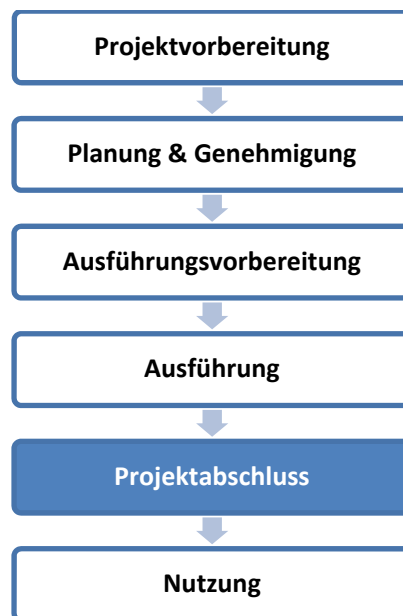


Abbildung 13: Projektphase – Projektabschluss

7.1 Übergabe

Nach der Fertigstellung des Bauwerks erfolgt die Übergabe an den Bauherrn. Dabei kontrolliert der Auftraggeber das Bauwerk auf dessen Mängelfreiheit und überprüft dessen Funktionalität. Sollten Mängel erkannt worden sein, wird er sie beanstanden und es obliegt der Arbeitsgemeinschaft diese Fehler auszubessern. Nach neuerlicher Begutachtung und Befundung der Mängelfreiheit hat der Bauherr das Bauwerk zu übernehmen. Zusätzlich erhält er alle notwendigen Unterlagen zu seinem Bauwerk.

Damit finden auch ein Risikoübergang und der Beginn der Gewährleistungsfrist statt. Das Thema der Gewährleistung wird im Kapitel „8 Nutzung“ genauer behandelt. Normalerweise wird zugleich auch der Deckungsrücklass in den Haftrücklass übergeführt, der mit Ende der Gewährleistungsfrist ausbezahlt wird. Bei Arbeitsgemeinschaften wird dies aber üblicherweise so handgehabt, dass nach der Übergabe der Deckungsrücklass entsprechend des Beteiligungsverhältnisses aufgeteilt und an die ARGE-Partner ausbezahlt wird. Als Haftrücklass legen sie entsprechend ihrer Beteiligung eine Bankgarantie. Damit ist dieses ARGE-Projekt als „abgeschlossen“ zu betrachten und die ARGE-Mitglieder gehen

sprichwörtlich wieder ihre eigenen Wege, obwohl gemäß GO 17 die Vertragsdauer erst mit dem Ablauf der Gewährleistungsfrist und dem Auslaufen von Sicherheiten (Bankgarantien) endet.

Die Bezahlung der Schlussrechnung hat spätestens drei Monate⁶² nach Legung der Schlussrechnung auf dem Hauptkonto der Arbeitsgemeinschaft eingelangt zu sein, sofern keine andere Frist vereinbart wurde.

⁶² Vgl. ÖNORM B 2110:2009, S. 33, Ausgabe: 01.01.2009.

8 NUTZUNG

Die letzte Projektphase⁶³ ist angebrochen! Dies veranschaulicht auch Abbildung 14. Das Gebäude steht fix und fertig auf der „grünen Wiese“ und wartet nur noch darauf, genutzt zu werden.

Ein wesentlicher Teil dieser Projektphase ist die Objektbetreuung. Durch eine konsequente Wartung und Betreuung des Gebäudes kann späteren Schäden, die kostenintensiv ausfallen können, vorgebeugt werden. Wenn man bedenkt, dass die Nutzungsphase 70-80% der Lebenszykluskosten ausmacht, wird man bestrebt sein, das Bauwerk so lange wie möglich auf funktionstüchtigem Stand halten zu können.

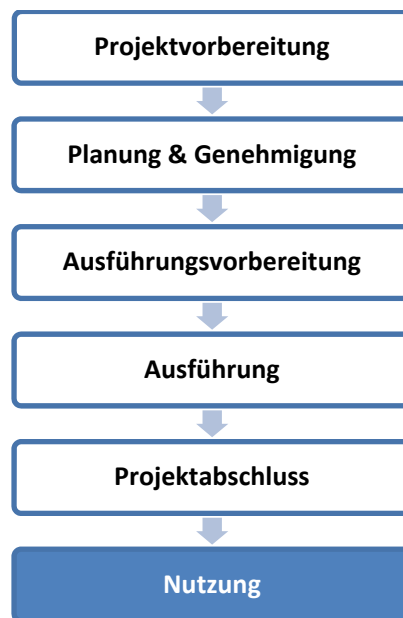


Abbildung 14: Projektphase – Nutzung

Dass allerdings das bauausführende Unternehmen oder die ARGE in dieser Phase keinen Bezug mehr zum Projekt haben, auch wenn bereits im Falle eines Wohngebäudes die ersten Mieter eingezogen sind, ist nicht ganz richtig. Zum einen wird die Dokumentation des Bauablaufs vervollständigt, anschließend für alle anderen ARGE-Partner vervielfacht und abschließend abgelegt, zum anderen beginnt die Gewährleistungsphase, die nachfolgend genauer erläutert wird.

⁶³ In dieser Betrachtung eines Lebenszyklusses wird der Rückbau bzw. Abriss nicht erwähnt, weil dieser zu sehr in der Zukunft liegt.

8.1.1 Gewährleistung und Schadenersatz

Die üblichen rechtlichen Regelungen betreffend Gewährleistung und Schadenersatz treffen auch auf Arbeitsgemeinschaften zu. Hervorzuheben ist allerdings, dass die ARGE als Solidarschuldner auftritt.

ANMERKUNG: Eine detaillierte Erläuterung zu diesem Thema wird hier nicht geschildert, da es in Bezug auf Bauarbeitsgemeinschaften keine Besonderheiten gibt.

9 KARTELLRECHTLICHER EINFLUSS AUF ARGE-BILDUNGEN

Grundsätzlich dient das Kartellrecht als Schutz für den Wettbewerb und die daraus entstehenden Vorteile für die Verbraucher. Es verbietet „... *wettbewerbsbeschränkende Absprachen, bestimmte Verhaltensweisen von Marktbeherrschern und die Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen, soweit sie dem freien Leistungswettbewerb zuwiderlaufen.*“⁶⁴ Unternehmen sollten an der Thematik interessiert sein, denn Verstöße werden mit Geldbusen und Schadenersatzforderungen radikal geahndet.

Unter diesem Kontext soll der folgende Hauptteil dieser Arbeit den kartellrechtlichen Einfluss auf die Bildung von Bauarbeitsgemeinschaften untersuchen. Dazu wird gleich im nächsten Kapitel in Abbildung 15 auf Seite 41 das Zusammenwirken der wesentlichen wettbewerbsregelnden Komponenten dargestellt. Dadurch, dass es sich u. a. in Abbildung 15 um den Begriff der Wesentlichkeit handelt, ist es nachvollziehbar, dass nur die bedeutenden Verordnungen, Bekanntmachungen, Leitlinien, Gesetze, etc. ausgewählt und deren Inhalte vorgestellt werden.

Den Leser erwartet im nachfolgenden Teil eine Beschreibung des Zusammenwirkens der wettbewerbsregelnden Komponenten und eine Kurzerläuterung deren Inhalte. Danach wird das europäische Kartellrecht genauer unter die Lupe genommen. Dabei wird das Augenmerk auf die Vorstellung der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates, auf die Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission und ganz besonders auf die beiden Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV gelegt. Nachfolgend wird das österreichische Kartellgesetz dahin gehend beschrieben, dass aufgrund der Angleichung der beiden Rechtslagen, nur noch die Unterschiede und Besonderheiten des nationalen Kartellrechts dargestellt werden. Die Auswertung von Interviews über die Auswirkungen des Kartellrechts in der Praxis schließt dieses Thema ab.

Im Zuge der Aufbereitung dieses Themas wählte der Autor jene Herangehensweise an das Thema, mit der ein Bauingenieur die Zusammenhänge und die Einflüsse der wesentlichen Komponenten dieser Thematik auf einfache und kompakte Art und Weise rasch begreifen soll. Dieses vorliegende Dokument soll teilweise einen Leitfaden und die Möglichkeit bieten, schnell in Erfahrung bringen zu können, welche wesentlichen Inhalte in der Thematik der Wettbewerbsregeln enthalten sind.

⁶⁴ Reidlinger/Hartung 2008, S. 15.

9.1 Zusammenwirken der wesentlichen wettbewerbsregelnden Komponenten

Im Wettbewerb treten Unternehmensvereinigungen, sofern Bietergemeinschaften bzw. Arbeitsgemeinschaften teilnehmen, dem Bauherrn gegenüber, um sich für ein ausgeschriebenes Bauprojekt zu bewerben. Dabei müssen sich diese Vereinigungen sowohl an die vergaberechtlichen als auch an die kartellrechtlichen Wettbewerbsregeln halten. Es werden Wettbewerbsregeln auf nationaler und auf internationaler Ebene unterschieden. Wie man aber im weiteren Verlauf lesen wird, „lehnen“ sich dabei die nationalen an die europäischen Wettbewerbsregeln an und können zusätzlich sogar bezogen auf ihr Hoheitsgebiet verschärft werden, sofern sie dabei den europäischen Regeln nicht widersprechen.

*„Mit den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft soll durch den Schutz des Wettbewerbs der Wohlstand der Verbraucher gefördert und eine effiziente Ressourcenallokation gewährleistet werden.“*⁶⁵ Dies ist ein großes Ziel, das mit den EU-Wettbewerbsregeln stets befolgt und eingehalten werden soll.

Damit ein gemeinsamer Wettbewerb entstehen kann, der innerhalb des Binnenmarkts der Europäischen Union geschützt werden soll, sind die Mitgliedstaaten an die Einhaltung der Wettbewerbsregeln gebunden. Diese EU-Wettbewerbsregeln hat das EU-Parlament festgelegt. Mitunter kann es auch vorkommen, dass dadurch Gesetze eingeführt bzw. bestimmt werden, die aber eine Mehrzahl von Staatsbürgern ablehnt. Daraus folgt auch, dass die Gemeinschaft Vorrang gegenüber den einzelnen Ländern hat. So ist es auch mit den EU-Wettbewerbsregeln, welche ein Teil des Unionrechts sind und von der EU-Kommission überwacht werden. Hierbei zählen die EU-Wettbewerbsregeln auch vor jenen auf nationaler Ebene. Jedem Mitgliedstaat obliegt es, für die rechtmäßige Anwendung des Unionrechts zu sorgen.

⁶⁵ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 102, Rz 33.

Die nachfolgende Abbildung 15 stellt den generellen Zusammenhang zwischen den wesentlichen Komponenten grafisch dar, die auf die wettbewerbliche Regelung von Unternehmensvereinbarungen national als auch auf europäischer Ebene Einfluss nehmen.

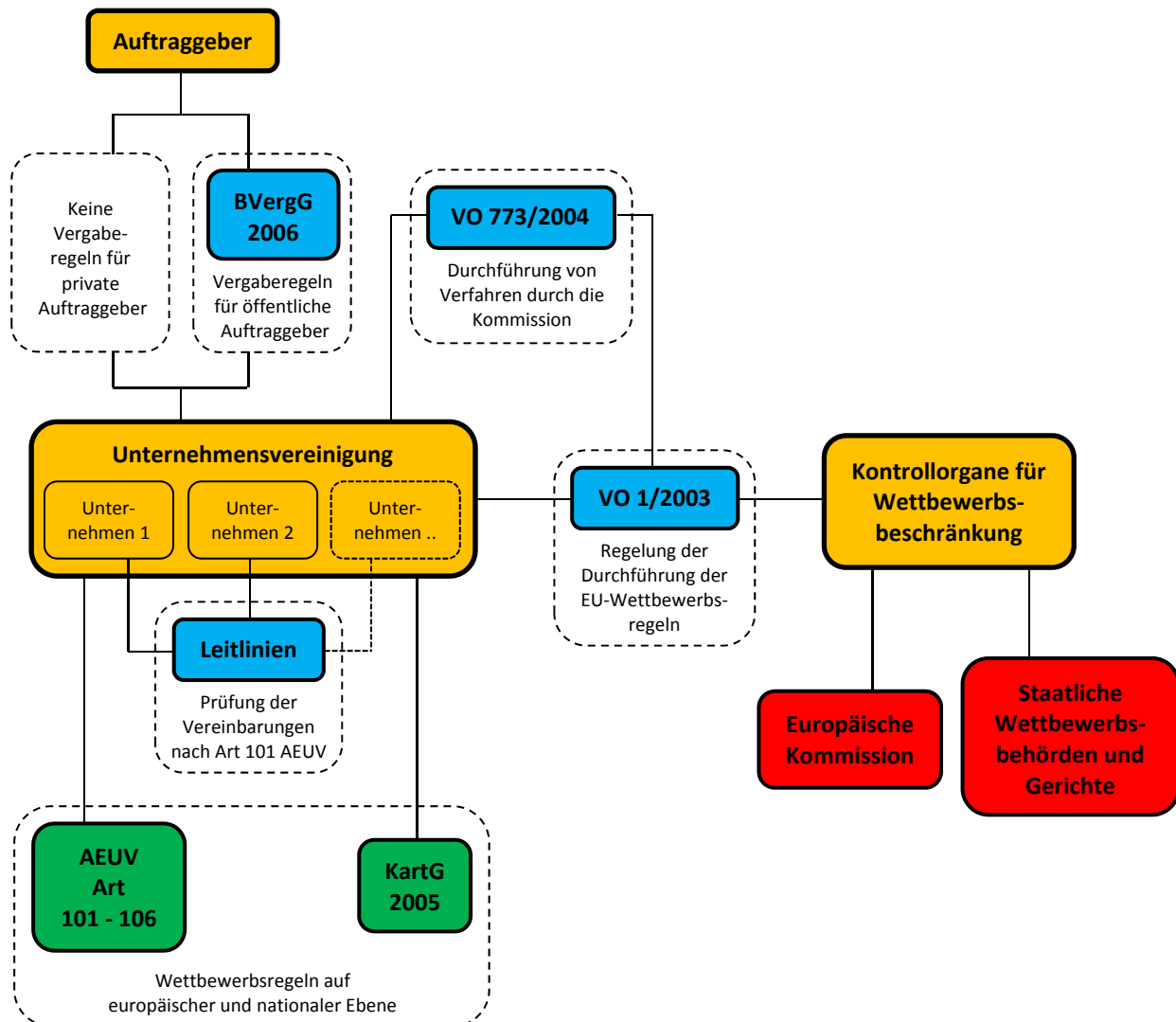


Abbildung 15: Zusammenwirken der wesentlichen wettbewerbsregelnden Komponenten

ANMERKUNG: In Abbildung 15 geht es um die Darstellung der wesentlichen Wettbewerbskomponenten. In Folge dessen wird selbstverständlich auch das Vergabeprozedere (sowohl für öffentliche als auch für private Auftraggeber) angeführt, auf welches allerdings in dieser Arbeit nicht weiter eingegangen wird.

An dieser Stelle sei erwähnt, dass im Gegensatz zum Bundesvergabegesetz der Anwendungsbereich des Kartellrechts nicht nur öffentliche, sondern auch private Projekte umfasst. Auf die Einhaltung der kartellrechtlichen Bestimmungen ist somit bei jedem ausgeschriebenen Projekt Acht zu geben.

Im Anschluss findet in Tabelle 1 eine Auflistung und Ausformulierung der Abkürzungen aus Abbildung 15 statt. Danach werden die Zusammenhänge kurz erklärt, worauf die einzelnen Komponenten in den nachfolgenden Kapiteln beschrieben werden. Am Anfang jedes Abschnitts findet eine Kurzzusammenfassung und kurzer Überblick über den nachfolgenden Inhalt statt.

Abkürzungen	Bedeutung der Abkürzungen
BVergG 2006	Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl I 17/2006
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI. L 1/1 vom 4.1.2003
VO 773/2004	Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7.4.2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABI. L 123/18 vom 27.4.2004, geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 622/2008 der Kommission vom 30. Juni 2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen, ABI. L 171/3 vom 1.7.2008
Leitlinien	Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI. C 11/01 vom 14.1.2011; Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), ABI. C 101/08 vom 27.4.2004
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABI. C 326/01 vom 26.10.2012
KartG 2005	Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), Fassung vom 13.06.2013

Tabelle 1: Beschreibung der Abkürzungen in Abbildung 15

Grundsätzlich wird der Wettbewerb von drei Komponenten geprägt. Die **erste** davon ist der **Auftraggeber**. Bauherren (Auftraggeber) schreiben ein zu realisierendes Projekt aus und erhalten durch Angebote der potentiellen Unternehmen einen Marktüberblick. Diese **Bauunternehmen** stellen die **zweite** grundsätzliche Komponente dar. Im Zusammenhang mit dieser Arbeit haben Unternehmen einen Zusammenschluss aus diversen Überlegungen, Gründen, Vorteilen, etc. gebildet, welcher als Bauarbeitsgemeinschaft bezeichnet wird. Im weiteren Verlauf dieser Arbeit werden darunter auch die Begriffe „(Unternehmens-)Vereinbarung“, „Unternehmenszusammenschluss“, etc. verstanden. Im Wettbewerb versuchen nun im besten Fall alle Bewerber mit ihrem Angebot den Auftrag zu erhalten. Damit der Wettbewerb rechtskonform verläuft, braucht es eine Instanz, die das Geschehen kontrolliert. Für die Kontrolle und Überwachung der Wettbewerbsregeln auf internationaler Ebene ist die EU-Kommission zuständig. Auf nationaler Ebene obliegt die Verantwortung zur Überprüfung der Einhaltung eines wettbewerbskonformen Verhaltens von Unternehmenszusammenschlüssen den staatlichen Wettbewerbsbehörden und den nationalen Gerichten. Diese „**Kontrollorgane**“ stellen die **dritte** Komponente dar und schreiten ein, wenn die Wettbewerbsvorschriften nicht eingehalten werden. Damit sind sie für den Schutz eines fairen Wettbewerbs zuständig.

„Die Wettbewerbsvorschriften der EU sind so konzipiert, dass sie faire und gleichwertige Bedingungen für die Unternehmen gewährleisten und gleichzeitig ausreichend Raum für Innovation, einheitliche Normen und die Entwicklung kleiner Unternehmen lassen.“⁶⁶

Gemäß der Einführung der **Verordnung Nr. 1/2003 EGV** wird den Parteien eines Unternehmenszusammenschluss die Verantwortung überlassen, zu entscheiden, ob mit dieser Vereinbarung gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen wird oder nicht. Durch die Ausnahmeregelung kann der EU-Kommission im Vergleich zur vorher geltenden Regelung (**Verordnung Nr. 17/1962 EGV**) eines zentralisierten Anmeldesystems eine Menge an Arbeit abgenommen werden. Dadurch findet ein Wandel von der vorbeugenden Überprüfung zur nachträglichen Kontrolle durch ein Kontrollorgan statt. Wie im späteren Kapitel „Verordnung (EG) Nr. 1/2003“ beschrieben, können aber auch Beschwerden gegen Vereinbarungen vorgebracht werden, die dann von den soeben erwähnten Wettbewerbsbehörden bearbeitet werden.

Auf der Homepage der Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ) werden unter dem Titel „Kartellrecht in Österreich“ die „Beschwerdewege eines Unternehmens gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ aufgelistet, die nachfolgend angeführt sind. Dadurch, dass diese Arbeit u. a. das Ziel verfolgt, die vorliegende Thematik auch baupraktisch

⁶⁶ Wettbewerb, http://europa.eu/pol/comp/index_de.htm, 12.07.2013.

aufzuarbeiten, sind die „Kontaktadressen der Wettbewerbsbehörden“ (von selbiger vorherigen Quelle stammend) ebenfalls angeführt.

Kartellgericht

[entscheidungsbefugte Behörde nach KartG]

- **Zuständigkeit:**
Umfassende Antragslegitimation im KartG an das Kartellgericht (Ausnahme: Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen und Geldbußenanträge;
Problem: Kostenrisiko, Beweispflichten)
- **Erreichbarkeit:**
Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht, Schmerlingplatz 11, 1016 Wien,
Tel.: 01/52152-3690

Bundswettbewerbsbehörde

[antragsbefugte und ermittelnde Behörde nach KartG]

- **Zuständigkeit:**
Informelle Beschwerde an Bundswettbewerbsbehörde (Problem: kein Rechtsanspruch auf Verfahrenseinleitung)
- **Erreichbarkeit:**
Bundswettbewerbsbehörde, Praterstrasse 31, 1020 Wien,
Tel.: 01/24508-0

Bundeskartellanwalt

[antragsbefugte Behörde nach KartG]

- **Zuständigkeit:**
Informelle Beschwerde an Bundeskartellanwalt (Problem: kein Rechtsanspruch auf Verfahrenseinleitung)
- **Erreichbarkeit:**
Bundeskartellanwalt, Schmerlingplatz 11, 1016 Wien,
Tel.: 01/52152 – 3057

Europäische Kommission

[entscheidungsbefugte Behörde nach EU-Wettbewerbsrecht]

- **Zuständigkeit:**
Beschwerde an die Europäische Kommission nach Art. 101 und 102 AEUV (Problem: kein Rechtsanspruch auf Verfahrenseinleitung, konzentriert sich nur auf Fälle von europäischem Interesse)
- **Erreichbarkeit:**
Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, B-1049, Brüssel
http://ec.europa.eu/competition/contacts/index_en.html

Abbildung 16: Beschwerdewege eines Unternehmers gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁶⁷

⁶⁷ Vgl. Beschwerdewege eines Unternehmers gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie Kontaktadressen der Wettbewerbsbehörden, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AnglID=1&StID=432330&DstID=0, 12.07.2013.

Nachdem die drei wesentlichen Komponenten des Wettbewerbs angesprochen wurden, werden deren Zusammenhänge kurz erläutert.

Grundsätzlich sind die europäischen Wettbewerbsregeln (Vorschriften für Unternehmer) im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Art 101 bis 106 verankert. Den Kern bilden aber **Art 101 und 102 AEUV**. Auf nationaler Ebene kommt das **KartG 2005** zur Anwendung, wobei sich dieses inhaltlich stark an die europäischen Wettbewerbsvorschriften anlehnt, was die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden stärkt. Um den Anwendungsbereich des Kartellrechts auf europäischer Ebene abgrenzen zu können, legt die Zwischenstaatlichkeitsklausel Regeln fest. Findet nämlich keine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels (Zwischenstaatlichkeitsklausel) statt, was ja die Voraussetzung für die Anwendung von Art 101 AEUV ist, kommen ausschließlich mitgliedstaatliche Regelungen zur Anwendung.⁶⁸

Die Regelung der Durchführung der EU-Wettbewerbsregeln befindet sich in der VO 1/2003. Diese Verordnung beinhaltet die Rechte, Pflichten und Befugnisse der Kommission im Zuge der Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln. Dadurch, dass die VO 1/2003 die nachherige Kontrolle von Vereinbarungen vorsieht, bedarf es sogenannten „**Leitlinien**“, die Unternehmen helfen sollen, im Einzelfall die Rechtmäßigkeit des Unternehmenszusammenschlusses feststellen zu können. Diese Leitlinien bilden einen Rahmen für die Prüfung nach Art 101 AEUV. Im Zuge der Aufbereitung dieses Abschnitts hat der Autor u. a. einen Ablauf einer solchen Prüfung mittels Abbildung 21 in verständlicher grafischer Art und Weise dargestellt. Für Unternehmensvereinbarungen sind diese Leitlinien keine rechtlich bindenden Dokumente, allerdings sind sie aus praktischer Sicht äußerst relevant. Sollte allerdings eine Kooperation wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen erzielen, wird in der **Verordnung (EG) Nr. 773/2004** die Durchführung von Verfahren durch die Kommission beschrieben.

Aus gesamtheitlicher Sicht soll nun noch die **Verordnung (EG) Nr. 139/2004**⁶⁹ erwähnt werden. *„Betreffen horizontale Vereinbarungen zudem eine Fusion, findet die Fusionskontrollverordnung Anwendung.“*⁷⁰ Sie stellt neben der VO 1/2003 ebenfalls eine Rechtsgrundlage dar und gilt für alle Zusammenschlüsse von EU-weiter Bedeutung. Dabei stellt sich die Frage, wie in dieser Hinsicht ein „Zusammenschluss“ definiert ist. Ein Zusammenschluss ist gemäß der betreffenden Verordnung (2004, S. 3, Rz 20) so definiert, *„... dass er Vorgänge erfasst, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle an den*

⁶⁸ Vgl. Steinbach 2009, S. 21.

⁶⁹ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 24/1 vom 29.1.2004.

⁷⁰ Leitlinien für die Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26062_de.htm, 06.06.2013.

beteiligten Unternehmen und damit an der Marktstruktur führen.“ In Art 3 der selbigen Verordnung wird nochmals darauf eingegangen und zwar u. a. dahingehend, dass ein Zusammenschluss durch eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle stattfindet, die wiederum durch die Fusionierung von zwei oder bisher voneinander unabhängigen Unternehmen oder Unternehmensteilen verursacht wird. Des Weiteren enthält diese Verordnung Schwellwerte, die angeben, ob ein Zusammenschluss EU-weite Bedeutung hat. Gemeinschaftsweite Bedeutung hat ein Zusammenschluss, wenn ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als fünf Milliarden Euro erzielt wird oder ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Millionen Euro. Dabei kommt es auf die erzielten Umsätze an. Eine Beschreibung der Berechnung der Umsätze ist ebenfalls enthalten. Sollten diese Schwellenwerte nicht erreicht werden, gibt es weitere Schwellenwerte, bei deren Erreichung Zusammenschlüsse dennoch gemeinschaftsweite Bedeutung haben. Außerdem wird in diesem Zusammenhang das Anmeldeverfahren von Zusammenschlüssen von EU-weiter Bedeutung beschrieben sowie auch die Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission geschildert. Ebenfalls stellt die Verordnung das Verweisungsverfahren dar. Dabei kann die Kommission ein Verfahren an die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten verweisen.

In ihrer Dissertation erwähnt Steinbach (2009, S. 71) zwei Gründe, warum eine ARGE typischerweise nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fällt. Zum einen sind es die bereits oben erwähnten Umsatzschellen, die in der Regel nicht erreicht werden und demnach keine gemeinschaftsweite Bedeutung vorliegt. Zum anderen ist es das ebenfalls bereits beschriebene Kriterium des auf Dauer angelegten Unternehmenszusammenschlusses. Eine wesentliche Eigenschaft einer ARGE ist es jedoch, für eine bestimmte Zeitspanne gegründet zu werden, um sich für die Durchführung eines definierten Projekts zu bewerben.

Diese Verordnung wird somit nicht als wesentliche Komponente im Rahmen des Kartellrechts befunden und soll nach dieser Kurzbeschreibung auch nicht weiter erörtert werden.

9.2 Europäisches Kartellrecht

Das Europäische Kartellrecht kann grundsätzlich als ein Konvolut von Wettbewerbsregeln angesehen werden, die bei der Durchführung von Wettbewerben auf europäischer Ebene eingehalten werden müssen. Diese Wettbewerbsregeln sind im „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) verankert und werden in den nachfolgenden Unterkapiteln beschrieben. Sie gelten für Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU), dessen Wettbewerbsbehörde die Europäische Kommission ist. Die nachfolgende Abbildung zeigt die Karte Europas, in der die 28 EU-Mitgliedstaaten⁷¹ markiert sind.

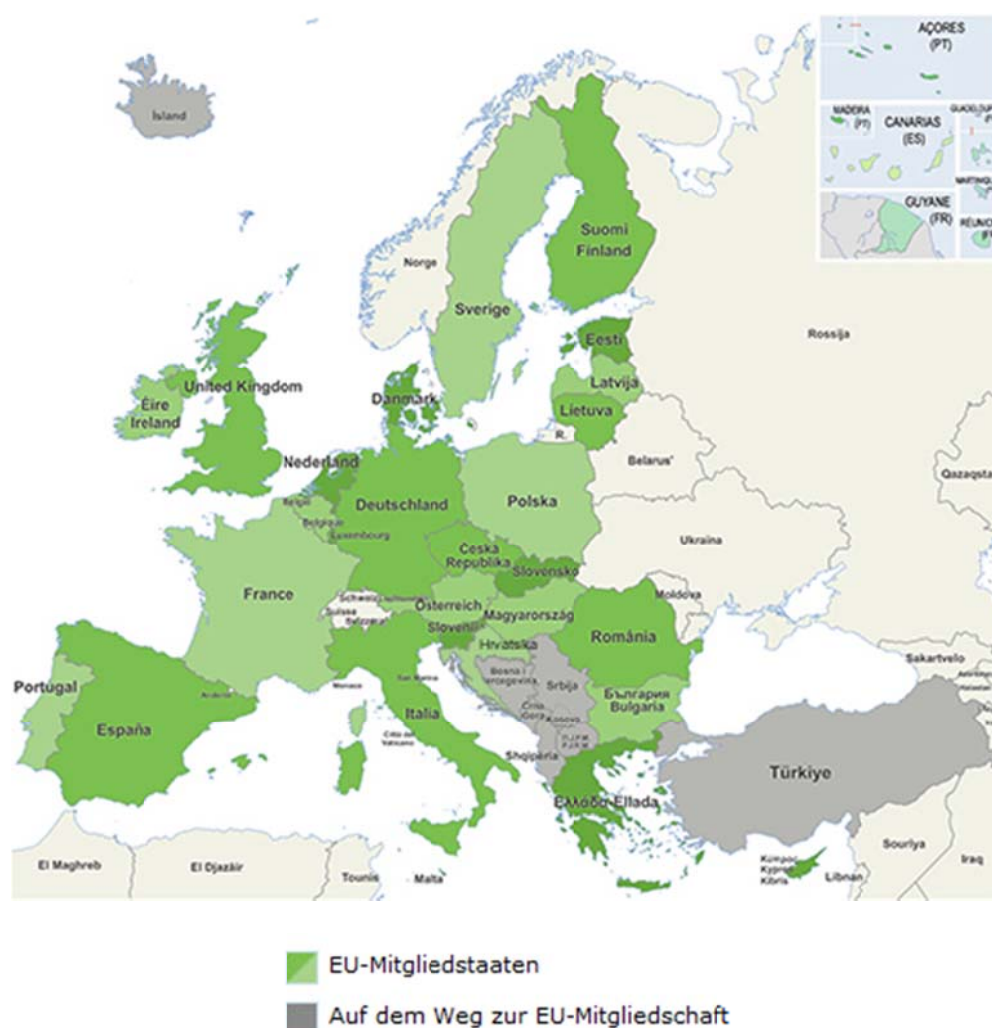


Abbildung 17: Mitgliedstaaten der EU⁷²

Unter „Vereinbarung“ oder „Zusammenschluss (von Unternehmen)“ wird in den Gesetzestexten des AEUV und auch im folgenden Teil dieser Arbeit u. a. der Sinn einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) verstanden.

⁷¹ Stand: 1. Juli 2013; Jüngstes EU-Mitglied ist Kroatien, das am 1. Juli 2013 beigetreten ist. Österreich ist übrigens seit 1. Jänner 1995 ein EU-Mitgliedstaat.

⁷² Karte der EU-Mitgliedstaaten, http://europa.eu/about-eu/countries/index_de.htm, 01.07.2013.

9.2.1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABI. EG Nr. C 326/01 vom 26.10.2012

„Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zählt zum Primärrecht der EU. Basis des AEUV ist der EWG-Vertrag aus 1957. Änderungen erfolgten durch den Vertrag von Maastricht (EG-Vertrag, EGV), den Vertrag von Nizza und den Vertrag von Lissabon.

Seinen heutigen Namen erhielt der AEUV mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009. Der AEUV umfasst 358 Artikel und existiert in 23 gleichwertigen Sprachversionen, die gleichermaßen rechtsverbindlich sind.“⁷³

Die europäischen Wettbewerbsregeln sind in den Art 101 bis 109 AEUV verankert. Dabei betrifft der erste Abschnitt (Vorschriften für Unternehmer) Art 101 bis 106 und der zweite Art 107 bis 109 (Staatliche Beihilfen). Den Kern des Europäischen Kartellrechts bilden jedoch Art 101 und 102.

Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 haben die Art 101 und 102 AEUV den Platz der bis dato geltenden Art 81 und 82 des EG-Vertrages eingenommen. Inhaltlich hat sich aber nichts Wesentliches geändert.

ANMERKUNG: Überall dort, wo es Bezugnahmen zu Art 81 und 82 EGV gibt, können stattdessen die Art 101 und 102 AEUV als geltend angenommen werden. Dies gilt nicht nur für diese Verordnung, sondern auch für die ganze Arbeit.

„Mit Artikel 101 soll der Wettbewerb gewahrt bleiben, indem sichergestellt wird, dass die Märkte offen und wettbewerblich geprägt bleiben.“⁷⁴

In Art 101 Abs 1 AEUV wird ein Kartellverbot für alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ausgesprochen, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts⁷⁵ bezwecken oder bewirken. Zusätzlich werden

⁷³ <http://AEUV.de>, 13.06.2013.

⁷⁴ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 104, Rz 47.

⁷⁵ In den vormals geltenden EU-Wettbewerbsregeln wurde im Art 81 EGV nicht der Begriff des „Binnenmarkt“ (Art 101 AEUV), sondern jener des „Gemeinsamen Markts“ verwendet. Art 26 und 27 AEUV (Ex-Artikel 14 und 15 EGV) beschrieben den Binnenmarkt (ehemals Gemeinsamer Markt)

exemplarische Verhaltensweisen aufgezählt, die zweifellos in das Kartellverbot nach Abs 1 fallen.⁷⁶ „Verträge, die gegen dieses Kartellverbot verstoßen, sind zivilrechtlich unwirksam. Darüber hinaus können über die Teilnehmer an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen (hohe) Bußgelder verhängt werden.“⁷⁷

Art 101 Abs 3 AEUV stellt eine Ausnahmenregelung von Abs 1 dar. Diese Legalausnahme entkräftet das Kartellverbot nach Abs 1, sofern Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen die Voraussetzungen nach Abs 3 erfüllen. Diese vier Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt werden und lauten:

- Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung
- angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn
- Unerlässlichkeit der Beschränkungen
- keine Möglichkeit den Wettbewerb auszuschalten.

Somit gilt das Kartellverbot nach Abs 1 nicht bedingungslos. Wird im Zuge des Abs 3 bei einer gemäß Abs 1 wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung festgestellt, dass die wettbewerbsfördernden den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen, dann gilt für diese Vereinbarung die Ausnahmeregelung und ein Kartellverbot tritt nicht ein.

Überwiegen die wettbewerbsfördernden Auswirkungen nicht, respektive können Vereinbarungen oder Beschlüsse die vier Voraussetzungen nach Abs 3 nicht gleichzeitig erfüllen, sind diese nach Art 101 Abs 2 AEUV nichtig.

ANMERKUNG: Zum Nachlesen befindet sich im Anhang auf Seite 143 der Gesetzestext zu Art 101 und 102 AEUV.

auf diese Weise, dass er einen Raum ohne Binnengrenzen darstellt, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist. Des Weiteren wird beschrieben, dass das Funktionieren des Binnenmarkts so wenig wie möglich gestört werden darf. Dieser Schutz des Markts ist u. a. ein großes Ziel der EU-Wettbewerbsregeln.

⁷⁶ Vgl. Steinbach 2009, S. 21.

⁷⁷ Schneider, Wollmann 2006, S. 9.

9.2.2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003

Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI. L 1/1 vom 4.1.2003

Mit der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates (ab nun mit „VO 1/2003“ abgekürzt) und ihrem Inkrafttreten am 1. Mai 2004 wurde das bis dato gültige Kartellrechtssystem grundlegend abgelöst. Bis zu diesem Zeitpunkt galt die „Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 (derzeit 101 und 102), ABI. 013 vom 21.2.1962“ (im Folgenden als „VO 17/62“ bezeichnet) und funktionierte nach dem Prinzip eines zentralisierten Anmeldesystems. Dabei mussten sich Kartelle bei der Kommission für eine Freistellung anmelden, wenn durch sie eine Einschränkung des Handels zwischen Mitgliedsstaaten resultiert. Dadurch, dass es nur der Kommission vorbehalten war, wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, die die Voraussetzungen von Art 81 Abs 3 EGV (seit 2004 Art 101 Abs 3 AEUV) erfüllten, eine Freistellung zu erteilen, meldeten Unternehmen eine Menge solcher Vereinbarungen an. Das mit der VO 1/2003 eingeführte System ist ein dezentralisiertes Anmeldesystem (Legalausnahmesystem) mit Verstärkung der nachherigen Kontrolle, bei dem die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte bei der Umsetzung der EU-Wettbewerbsregeln mehr einbezogen werden sollen.⁷⁸ Dadurch erhalten die Unternehmen mehr Verantwortung, weil es ihnen obliegt im Vorhinein festzustellen, ob Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen gegen den freien Wettbewerb und gegen die europäischen Wettbewerbsregeln verstoßen. Die vorherige Anmeldung bei der Kommission, wie es im Sinne der VO 17/62 gegeben war, entfällt bei der Anwendung der VO 1/2003. Somit nehmen die Unternehmen der Kommission einen großen Verwaltungsaufwand ab, worauf sich diese wiederum auf die Verfolgung der schwerwiegenden Verstöße konzentrieren kann. Durch die engere Zusammenarbeit der staatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte mit der Kommission kann eine koordinierte und wirksame Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts erreicht werden.

Dabei lässt sich der wesentliche Inhalt dieser Verordnung überblicksmäßig wie folgt unterteilen:

⁷⁸ Vgl. Anwendung der Artikel 101 und 102 EAUV (vormals Artikel 81 und 82 EG-Vertrag), http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26092_de.htm, 06.06.2013.

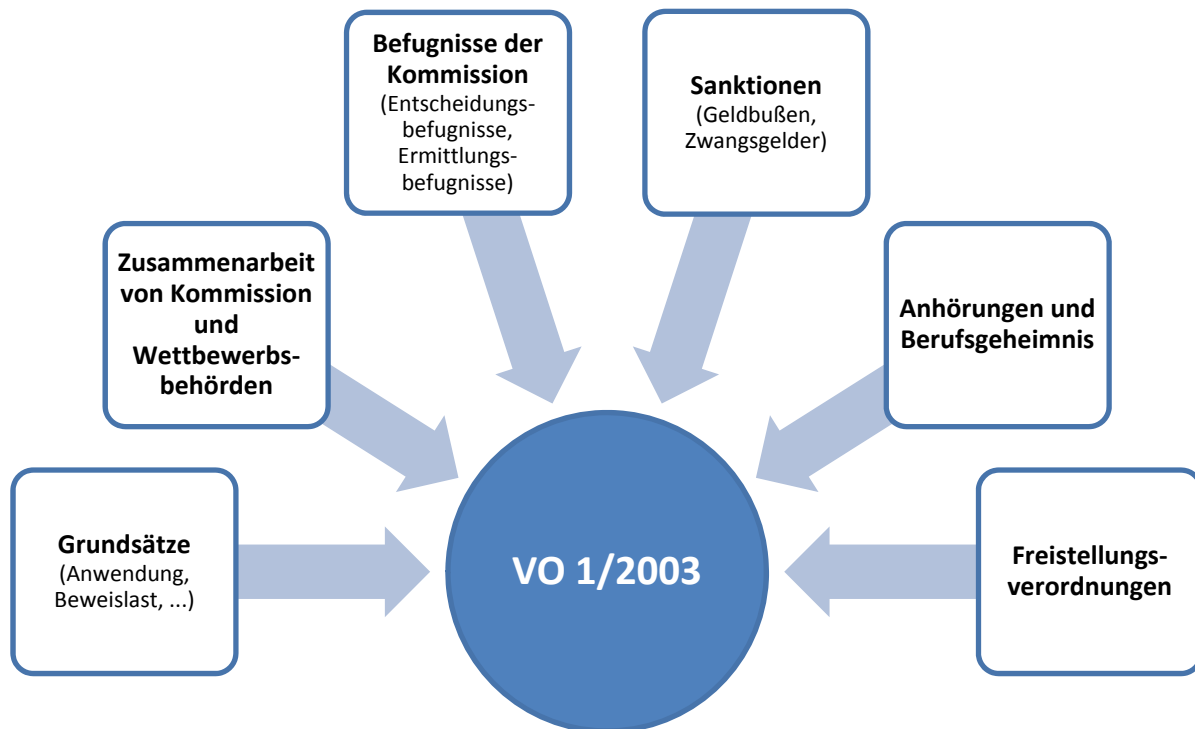


Abbildung 18: Wesentlicher Inhalt der VO 1/2003

Die **wichtigsten Regelungen**⁷⁹ der VO 1/2003 sind nachfolgend zusammengefasst:

GRUNDSÄTZE (KAPITEL I)

➤ Anwendung (Art 1)

Die vorliegende Verordnung stellt einerseits die Regelung der Anwendung des Art 101 AEUV bezüglich der verbotenen Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (Abs 1) klar. Vereinbarungen, die gegen Art 101 AEUV verstoßen und auch nicht die Anforderungen des Abs 3 erfüllen, sind verboten, ohne dass es dafür einer vorherigen Entscheidung bedarf. Erfüllen sie aber die Anforderungen gemäß Abs 3, so sind sie nicht verboten, wofür es ebenfalls keine vorherige Entscheidung braucht. Andererseits behandelt die VO 1/2003 die Durchführung der in Artikel 102 AEUV niedergelegten Wettbewerbsregeln, worin sie die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verbietet, ohne dass es auch hier einer Entscheidung im Vorhinein bedarf.

➤ Beweislast (Art 2)

Für die Zuteilung der Beweislast werden in Kapitel I Art 2 zwei Gesichtspunkte erwähnt. Zum einen wird die Beweislast der Partei oder Behörde auferlegt, die den Vorwurf für eine Zuwiderhandlung gegen Art 101 Abs 1 oder Art 102 AEUV erhebt. Zum anderen liegt für

⁷⁹ Vgl. Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates, 2002, S.1 ff.

Art 101 Abs 3 AEUV eine besondere Regelung vor, denn die Beweislast für die Erfüllung der Anforderungen in Abs 3 obliegt den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen.

- Verhältnis zwischen Art 101 und 102 AEUV und dem einzelstaatlichen Wettbewerbsrecht (Art 3)

Wie bereits in der Einführung dieses Abschnitts erwähnt, sieht diese Verordnung eine intensivere Einbindung der staatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte vor. Dies kann allerdings nur passieren, indem sie befugt sind, die EU-Wettbewerbsregeln (Art 101 und 102 AEUV) in vollem Umfang anzuwenden. Die Einheitlichkeit der Anwendung, als großes Ziel der VO 1/2003, kann aber nur gewährleistet werden, wenn die staatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte die Art 101 und 102 AEUV in Bezug auf innerstaatliches Wettbewerbsrecht im Falle einer Vereinbarung anwenden, die den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen kann. Gemäß Art 103 Abs 2 lit e) AEUV muss allerdings erst das Verhältnis zwischen den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und dem Gemeinschaftsrecht geklärt werden, um für Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen gleiche Bedingungen am Binnenmarkt zu schaffen. Dementsprechend darf eine staatliche Wettbewerbsbehörde Vereinbarungen nach Art 101 Abs 1 AEUV nur dann verbieten, wenn sie gemäß der EU-Wettbewerbsregelungen auch verboten sind. Zudem darf es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt bleiben, in ihrem Hoheitsgebiet strengere Regelungen (innerstaatliche Wettbewerbsvorschriften) zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen, sofern sie im Einklang mit den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts sind.

ENTSCHEIDUNGEN DER KOMMISSION (KAPITEL III)

- Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen (Art 7)

Kann die Kommission auf eine Beschwerde hin oder von Amts wegen ein Zuwiderhandeln gegen Art 101 oder 102 AEUV feststellen, kann sie mittels einer Entscheidung die beteiligten Unternehmen bzw. die Unternehmensvereinigung verpflichten, diese Zuwiderhandlung abzustellen. Zudem kann die Kommission auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem sie beendet ist. Natürliche und juristische Personen sowie Mitgliedstaaten können soeben erwähnte Beschwerden einreichen, sofern sie ein berechtigtes Interesse daran haben.

➤ Einstweilige Maßnahmen (Art 8)

In dringenden Fällen und wenn eine Gefährdung des Wettbewerbs besteht, kann die Kommission aufgrund einer *prima facie*⁸⁰ festgestellten Zuwiderhandlung einstweilige Maßnahmen anordnen.

➤ Verpflichtungszusagen (Art 9)

Wenn die Kommission entscheidet, eine Zuwiderhandlung eines Unternehmens oder eines Unternehmenszusammenschlusses abzustellen, die Betroffenen aber anbieten, Verpflichtungen einzugehen, die die Einwände der Kommission ausräumen, so kann diese eine solche Verpflichtungszusage der Unternehmen für einen befristeten Zeitraum für bindend erklären. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens seitens der Kommission kann dann eintreten, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, die beteiligten Unternehmen ihre Verpflichtungen nicht einhalten oder wenn die Entscheidung auf unvollständigen, unrichtigen oder irreführenden Angaben von Seiten der Partei basiert.

➤ Feststellung der Nichtanwendbarkeit (Art 10)

Kommt die Kommission aufgrund öffentlichen Interesses der Gemeinschaft zum Entschluss, dass Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen nicht gegen Art 101 AEUV verstoßen haben, weil die Voraussetzungen gemäß Abs 1 und 3 nicht vorliegen, kann sie die Nichtanwendbarkeit des Art 101 feststellen. Ebenso kann die Kommission mit Art 102 AEUV verfahren.

ZUSAMMENARBEIT (KAPITEL IV)

➤ Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden (Art 11)

Die enge Zusammenarbeit zwischen Kommission und staatlichen Wettbewerbsbehörden zeichnet sich auch dadurch aus, dass sie ihnen eine Kopie der wichtigsten Schriftstücke betreffend ihrer Entscheidungen (VO 1/2003, Kapitel II) übersendet und wenn gewünscht auch andere Unterlagen übergibt. Leiten Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten eine Ermittlung oder Untersuchung aufgrund von Art 101 oder 102 ein, so haben sie dies unverzüglich der Kommission mitzuteilen und den Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedsstaaten zugänglich zu machen. Innerhalb von 30 Tagen vor Entscheidungserlass, muss die jeweils agierende Wettbewerbsbehörde der Kommission eine zusammenfassende Darstellung des Falls samt geplanter Entscheidung übermitteln. In jedem Fall, in dem es um

⁸⁰ *prima facie* = dem ersten Anschein nach, auf den ersten Blick, www.duden.de, 20.06.2013.

die Anwendung des Gemeinschaftsrechts geht, können die staatlichen Wettbewerbsbehörden die Kommission kontaktieren. In Art 11 Abs 6 des Kapitels IV geht es um die Zuständigkeitsregelung, welche besagt, dass die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten ihre Zuständigkeit für die Anwendung der Art 101 und 102 AEUV verlieren, sobald die Kommission ein Verfahren zum Erlass einer Entscheidung einleitet. Hat aber bereits eine staatliche Wettbewerbsbehörde ein Verfahren eingeleitet, wird die Kommission erst tätig, nachdem sie diese Wettbewerbsbehörde konsultiert hat.

➤ Informationsaustausch (Art 12)

Mit der Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den staatlichen Wettbewerbsbehörden geht ein intensiver Informationsaustausch einher. Dabei können Unterlagen und Informationen einschließlich vertraulicher Angaben zur Verwendung als Beweismittel ausgetauscht werden, sofern sie nur dem Zweck der Beweissicherung dienen.

➤ Aussetzung und Einstellung des Verfahrens (Art 13)

Sind mehrere Wettbewerbsbehörden von Mitgliedstaaten mit einem Verfahren gegen dieselbe Vereinbarung, denselben Beschluss oder dieselbe Verhaltensweise beschäftigt, so können die übrigen Behörden ihr Verfahren aussetzen und die Beschwerde zurückweisen. Auch die Kommission kann eine Beschwerde mit derselben Begründung zurückweisen. Sollte eine Behörde oder die Kommission mit einer Beschwerde befasst werden, welche bereits behandelt wurde, kann sie auch diese abweisen.

➤ Beratender Ausschuss (Art 14)

Wie schon in der zuvor gültigen Verordnung (VO 17/62) als befriedigend erwiesen, berät sich die Kommission vor jeder Entscheidung (bezüglich Zuwiderhandlungen, bindende Verpflichtungszusagen, Nichtanwendbarkeit von Art 101 Abs 1 AEUV, Geldbuße oder Zwangsgelder) mit dem Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen, welcher aus Vertretern der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten besteht und eine Art Diskussionsforum darstellt.

➤ Zusammenarbeit mit Gerichten der Mitgliedsstaaten (Art 15)

Weil die bereits mehrmals erwähnte verstärkte Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden auf nationaler und europäischer Ebene in der vorliegenden Verordnung äußerst wichtig ist, „... können die Gerichte der Mitgliedstaaten die Kommission um die Ermittlung von Informationen (...), oder um Stellungnahmen zu Fragen bitten, die die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft betreffen.

(2) Die Mitgliedstaaten übermitteln der Kommission eine Kopie jedes schriftlichen Urteils eines einzelstaatlichen Gerichts über die Anwendung des Artikels 101 oder 102 des Vertrags.⁸¹

- Einheitliche Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts (Art 16)

Gerichte der Mitgliedstaaten dürfen keine Entscheidungen über Fälle betreffend Art 101 oder 102 AEUV treffen, die jenen der Kommission zuwiderlaufen. Auch dürfen solche Entscheidungen von nationalen Wettbewerbsbehörden nicht getroffen werden, die jenen Entscheidungen zuwiderlaufen, die die Kommission zu treffen beabsichtigt.

ERMITTLUNGSBEFUGNISSE DER KOMMISSION (KAPITEL V)

- Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen (Art 17)

„(1) Lassen die Entwicklung des Handels zwischen Mitgliedstaaten, Preisstarrheiten oder andere Umstände vermuten, dass der Wettbewerb im gemeinsamen Markt möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, so kann die Kommission die Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweiges oder – Sektor übergreifend – einer bestimmten Art von Vereinbarungen durchführen.⁸² Des Weiteren kann die Kommission von den Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen Auskünfte (betreffend Art 101 und 102 AEUV) verlangen und Nachprüfungen durchführen.

- Auskunftsverlangen (Art 18)

Die Kommission hat die Befugnis Auskünfte von Unternehmen zu verlangen oder per Entscheidung zu verlangen, alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Bei der Versendung eines einfachen Auskunftsverlangens übermittelt die Kommission die Rechtsgrundlage, den Zweck des Auskunftsverlangens, die benötigten Auskünfte sowie die Frist für die Übermittlung und weist auf die Regelung von Sanktionen (Art 23) bei falschen Auskünften hin.

- Befugnis zur Befragung (Art 19)

Die Kommission ist befugt alle natürlichen oder juristischen Personen zur Einholung von Informationen im Zuge einer Untersuchung zu befragen, die der Befragung auch zustimmen.

⁸¹ Europäischer Rat 2002, Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Kap IV, Art 15, Abs 1 und 2.

⁸² Europäischer Rat 2002, Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Kap V, Art 17, Abs 1.

➤ Nachprüfungsbefugnisse der Kommission (Art 20)

Gemäß ihrer Nachprüfungsbefugnis kann die Kommission im Zuge der Nachprüfungen ihren beauftragten Bediensteten oder den von ihr ermächtigten Begleitpersonen lt. Abs 1 die Befugnis erteilen, Räumlichkeiten, Grundstücke, Transportmittel von Unternehmen zu betreten, Bücher und sonstige Geschäftsunterlagen sowie Kopien und Auszüge davon zu prüfen bzw. zu erlangen, betriebliche Räumlichkeiten und Bücher oder Unterlagen für die Dauer der Nachprüfung zu versiegeln oder von allen Mitarbeitern der Belegschaft Auskünfte zu verlangen und diese auch zu protokollieren. Die dabei betroffenen Unternehmen müssen die Nachprüfung dulden.

➤ Nachprüfungen in anderen Räumlichkeiten (Art 21)

Sollte es begründeten Verdacht geben, dass sich Beweismittel (Bücher, Unterlagen, ...) für einen schweren Verstoß gegen Art 101 und 102 AEUV in anderen Räumlichkeiten, auf anderen Grundstücken oder in anderen Transportmitteln befinden, kann dort die Kommission durch Entscheidung eine Anordnung zur Nachprüfung setzen.

➤ Ermittlungen durch Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten (Art 22)

„(1) Die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats darf im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts im Namen und für Rechnung der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats alle Nachprüfungen und sonstige Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung durchführen, um festzustellen, ob eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 und 102 des Vertrags vorliegt.“⁸³

SANKTIONEN (KAPITEL VI)

➤ Geldbußen (Art 23)

Wenn Unternehmen oder Vereinbarungen vorsätzlich oder fahrlässig handeln, kann ihnen die Kommission eine Geldbuße mit einem Höchstbetrag von 1% des im vergangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes auferlegen. Solche vorsätzlichen oder fahrlässigen Gründe wären falsche Angaben zu machen, die im Zuge einer verlangten Auskunft oder einer Nachprüfung der Kommission zu geben sind. Weitere diesbezügliche Gründe wären, die nachzuprüfenden Unterlagen nicht vollständig vorzulegen, die Nachprüfung nicht zu dulden oder die von den Kommissionsbediensteten angebrachten Siegel zu zerstören.

⁸³ Europäischer Rat 2002, Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Kap V, Art 22, Abs 1.

Die Kommission kann aber auch eine Geldbuße mit einem Höchstbetrag von 10% des im vergangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes verhängen, wenn Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen gegen Art 101 oder 102 AEUV verstoßen, bei der Entscheidung zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen nach Art 8 zuwiderhandeln oder durch Entscheidung für bindend erklärte Verpflichtungszusagen nach Art 9 nicht einhalten.

Die in den beiden oberen beschriebenen Entscheidungen haben keinen strafrechtlichen Charakter. Ist eine Unternehmensvereinigung zum Zeitpunkt der Auferlegung einer Geldbuße nicht zahlungsfähig, so kann die Kommission von jedem Unternehmen, das zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung an der Vereinigung beteiligt war, die Begleichung der Geldbuße verlangen.

➤ Zwangsgelder (Art 24)

Die Kommission kann Zwangsgelder von bis zu 5% des im vergangenen Geschäftsjahr erzielten durchschnittlichen Tagesumsatzes für jeden Tag des Verzugs von Unternehmen oder Unternehmensvereinbarungen verlangen, um sie zu veranlassen, Zuwiderhandlungen gemäß Art 7 gegen Art 101 und 102 abzustellen, den Anordnungen einstweiliger Maßnahmen gemäß Art 8 nachzukommen, für bindend erklärte Verpflichtungen gemäß Art 9 einzuhalten, eine von der Kommission geforderte Auskunft gemäß Art 17 oder 18 Abs 3 vollständig und genau zu erteilen oder eine von der Kommission angeordnete Nachprüfung gemäß Art 20 Abs 4 zu dulden. Die endgültige Höhe des Zwangsgeldes und die Reduzierung des selbigen obliegen der Kommission, sofern die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ihre Missstände beseitigt haben, weswegen das Zwangsgeld verhängt wurde.

ANHÖRUNGEN UND BERUFSGEHEIMNIS (KAPITEL VIII)

➤ Anhörung der Parteien, der Beschwerdeführer und sonstiger Dritter (Art 27)

Die Kommission gibt Unternehmen und Unternehmensvereinbarungen vor einer Entscheidung über die Feststellung und die Abstellung von Zuwiderhandlungen (Art 7), über die Anordnung einstweiliger Maßnahmen (Art 8), über die Verhängung von Bußgeldern oder über die Festsetzung der endgültigen Höhe der Zwangsgelder (Art 24 Abs 2) die Gelegenheit, Äußerungen zu den Beschwerdepunkten zu tätigen. Neben der Wahrung der Verteidigungsrechte der Parteien haben sie die Möglichkeit zur Akteneinsicht unter gewissen Einschränkungen.

➤ Berufsgeheimnis (Art 28)

Im Zuge des Informationsaustausches (Art 12) und der Zusammenarbeit mit Gerichten der Mitgliedstaaten (Art 15) dürfen die durch die Ermittlungsbefugnisse (Art 17 bis 22) erhaltenen Informationen auch nur für den Zweck verwendet werden, für den sie eingeholt wurden.

FREISTELLUNGSVERORDNUNGEN (KAPITEL IX)

„(1) Hat die Kommission aufgrund der ihr durch eine Verordnung des Rates (...) eingeräumten Befugnis, Artikel 101 Abs 3 des Vertrags durch Verordnung anzuwenden, Artikel 101 Absatz 1 des Vertrags für nicht anwendbar auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen erklärt, so kann sie von Amts wegen oder auf eine Beschwerde hin den Rechtsvorteil einer entsprechenden Gruppenfreistellungsverordnung entziehen, wenn sie in einem bestimmten Fall feststellt, dass eine Vereinbarung, ein Beschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise, für die die Gruppenfreistellung gilt, Wirkungen hat, die mit Artikel 101 Abs 3 des Vertrags unvereinbar sind.“⁸⁴ Sollten Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen die unter eine Verordnung der Kommission gemäß Abs 1 VO 1/2003 fallen, mit Artikel 101 Abs 3 AEUV nicht vereinbar sein, hat die Wettbewerbsbehörde des betreffenden Mitgliedstaats die Befugnis, dem Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellungsverordnung in diesem Gebiet zu entziehen.

Da es sich beim obigen Absatz um eine Zusammenfassung des für den Autor wesentlichen Inhalts handelt, besteht natürlich keine absolute Garantie auf Vollständigkeit, was auch nicht Sinn und Zweck dieser Arbeit ist. Um den Inhalt zu erfahren, der für die Themenstellung dieser Arbeit nicht mehr als unbedingt notwendig erachtet wird, wird auf die VO 1/2003 verwiesen.

⁸⁴ Europäischer Rat 2002, Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Kap IX, Art 29, Abs 1.

9.2.3 Verordnung (EG) Nr. 773/2004

Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7.4.2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABI. L 123/18 vom 27.4.2004

Die vorliegende Verordnung regelt auf der Grundlage der EU-Wettbewerbsregeln (Art 101 und 102) die Durchführung der Verfahren durch die Kommission. Darüber hinaus regelt sie ebenso die „... *Einbeziehung der von derartigen Verfahren betroffenen Parteien* ...“⁸⁵. Gemeinsam mit der VO 1/2003 und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union stellt diese Durchführungsverordnung die Basis für die „Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV“⁸⁶ dar, die praktische Hinweise zur Durchführung von Verfahren gibt. Da wesentliche Inhalte davon in der VO 773/2004 und in der VO 1/2003 verankert sind, wird die soeben angesprochene Durchführungsverordnung in diesem Zusammenhang zwar erwähnt, allerdings nicht weiter erläutert. Die VO 773/2004 wurde hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen durch die VO 622/2008 geändert. Die nachfolgende Abbildung soll einen Überblick über die vorliegende Verordnung schaffen und die groben Bestandteile erklären:

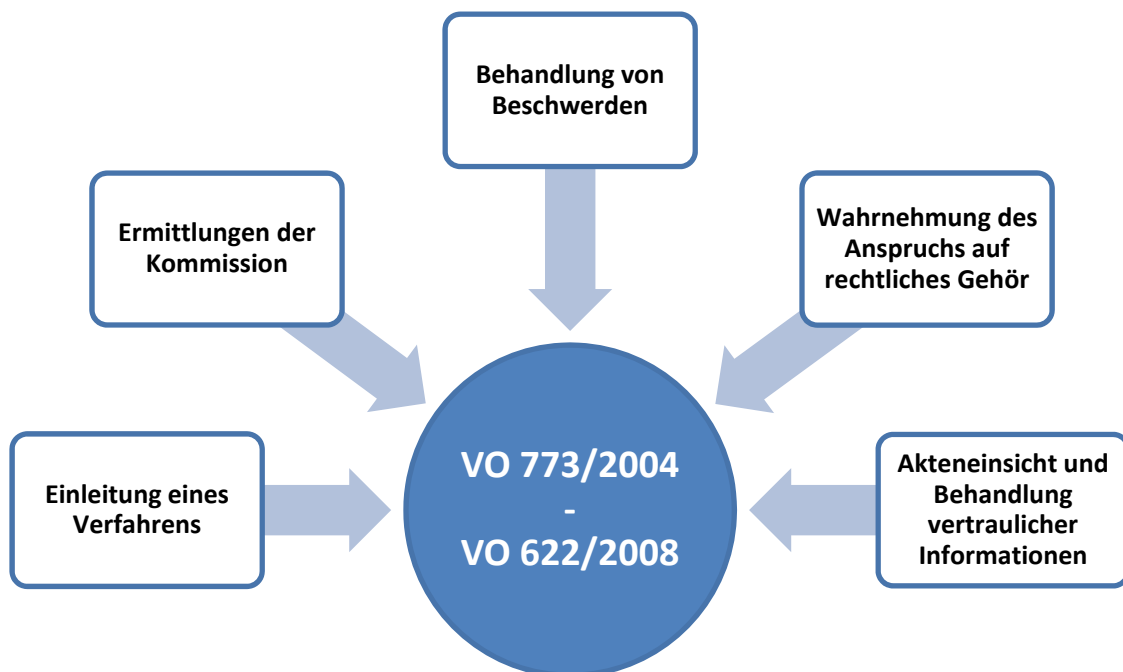


Abbildung 19: Wesentlicher Inhalt der VO 773/2004

⁸⁵ Kommission 2008, Verordnung (EG) Nr. 622/2008, S. 3, Rz 1.

⁸⁶ Kommission 2001, Bekanntmachung über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV

Die **wichtigsten Regelungen**⁸⁷ der VO 773/2004, geändert durch die VO 622/2008 sind nachfolgend zusammengefasst:

EINLEITUNG EINES VERFAHRENS (KAPITEL II)

➤ Einleitung eines Verfahrens (Art 2)

Der Europäischen Kommission steht es zu, jederzeit den Beschluss zu fassen, ein Verfahren zum Erlass einer Entscheidung gemäß VO 1/2003 (Kapitel III, Entscheidungen der Kommission) einzuleiten. „ (...) *Dieser Beschluss muss jedoch vor der Versendung einer vorläufigen Beurteilung gemäß Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, vor der Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte, vor der Aufforderung an die Parteien, ihr Interesse an der Aufnahme von Vergleichsgesprächen zu bekunden, oder vor dem Datum der Veröffentlichung einer Mitteilung gemäß Artikel 27 Absatz 4 der genannten Verordnung ergehen, je nachdem, welche Handlung früher stattfindet.*“⁸⁸ Bevor die Kommission allerdings ein Verfahren einleitet, kann sie dies in geeigneter Weise bekannt geben und informiert zuvor die beteiligten Parteien oder beginnt mit den Ermittlungen, welche ihr gemäß VO 1/2003 Kapitel V zustehen.

ERMITTLUNGEN DER KOMMISSION (KAPITEL III)

➤ Befugnis zur Befragung (Art 3)

Wie bereits auf Seite 55 erwähnt, kommt der Kommission gemäß Art 19 der VO 1/2003 im Zuge der Ermittlung die Befugnis zur Befragung von (natürlichen und juristischen) Personen zu. Art 3 der betrachteten Verordnung schreibt der Kommission vor, dass sie nach der Zustimmung der Person zur Befragung, deren Rechtsgrundlage klärt, als auch den Zweck sowie die Freiwilligkeit der Befragung erwähnt. Diese findet telefonisch oder elektronisch statt und kann nach Zustimmung des Befragten aufgezeichnet werden, woraufhin dieser eine Kopie davon erhält.

➤ Befragung während einer Nachprüfung

Sollte es im Zuge einer Nachprüfung zu einer Befragung eines Unternehmensmitglieds gekommen sein, welches dazu gar nicht ermächtigt war, setzt die Kommission dem Unternehmen eine Frist, in welcher es Richtigstellungen, Änderungen oder Zusätze übermitteln kann.

⁸⁷ Vgl. Kommission 2004, Verordnung (EG) Nr. 773/2004, S. 18 ff, geändert durch Kommission 2008, Verordnung (EG) Nr. 622/2008, S. 3 ff.

⁸⁸ Kommission 2008, Verordnung (EG) Nr. 622/2008, Art 2, Abs 1.

BEHANDLUNG VON BESCHWERDEN (KAPITEL IV)

➤ Zulässigkeit von Beschwerden (Art 5)

Eine Beschwerde einer natürlichen oder juristischen Person ist erst dann zulässig, wenn ein berechtigtes Interesse dargelegt werden kann und die Angaben inhaltlich denen des Formblattes C⁸⁹ entsprechen. In Art 5 wird zusätzlich erläutert, dass eine Beschwerde des Beschwerdeführers als nicht vertrauliche Fassung vorzulegen ist, wenn der Vertraulichkeitsschutz dafür gilt.

➤ Teilnahme des Beschwerdeführers am Verfahren (Art 6)

Die Kommission übermittelt gemäß Art 6 Abs 1 der VO 622/2008 dem Beschwerdeführer eine nichtvertrauliche Fassung der Mitteilung der Beschwerdepunkte (außer in Vergleichsverfahren), wenn eine Mitteilung von Beschwerdepunkten in Bezug auf den Beschwerdegegenstand ergangen ist und stellt dem Beschwerdeführer eine Frist zur Stellungnahme.

➤ Abweisung von Beschwerden (Art 7)

Nachdem der Beschwerdeführer die Beschwerde eingereicht hat, begutachtet die Kommission den Inhalt und teilt ihm mit, wenn es die Angaben „... *nicht rechtfertigen, einer Beschwerde nachzugehen* ...“⁹⁰. Innerhalb einer von der Kommission festgelegten Frist kann der Beschwerdeführer dazu schriftlich Stellung nehmen. Ändert dies trotzdem die Ansicht der Kommission nicht, kann sie die Beschwerde mit Entscheidung abweisen.

➤ Recht auf Einsichtnahme (Art 8)

Der Beschwerdeführer hat das Recht auf Einsicht in die Unterlagen (ausgenommen Geschäftsgeheimnisse und vertrauliche Informationen), wenn ihm die Kommission mitteilt, die Beschwerde abzuweisen.

➤ Abweisung einer Beschwerde gemäß Artikel 13 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Art 9)

Die Kommission kann gemäß VO 1/2003 Art 13 eine Beschwerde ablehnen, wenn diese bereits von einer Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates behandelt wurde oder gerade bearbeitet wird. Liegt darin der Grund der Abweisung einer Beschwerde, hat die Kommission lt. Art 9 VO 773/2004 dem Beschwerdeführer unverzüglich mitzuteilen, welche einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde den Fall behandelt oder behandelt hat.

⁸⁹ Das Formblatt C befindet sich im Anhang der VO 773/2004 und im Anhang dieser Arbeit.

⁹⁰ Kommission 2004, Verordnung (EG) Nr. 773/2004, Art 7 Abs 1.

WAHRNEHMUNG DES ANSPRUCHS AUF RECHTLICHES GEHÖR (KAPITEL V)

➤ Mitteilung der Beschwerdepunkte und Erwidern (Art 10)

Nachdem die Kommission den betroffenen Parteien die zugehörigen Beschwerdepunkte schriftlich mitgeteilt hat, haben sie die Möglichkeit innerhalb einer festgesetzten Frist eine schriftliche Stellungnahme abzugeben, in der sie alle Dokumente, Unterlagen, etc. als Nachweis der Tatsachen der angeführten Verteidigung beilegen. Die Unternehmen haben die Möglichkeit der Kommission Personen vorzuschlagen, die die in der schriftlichen Stellungnahme angeführten Tatsachen bestätigen können.

➤ Vergleichsverfahren in Kartellfällen (Art 10a)

Die VO 622/2008 wurde als Verordnung von der Kommission erlassen, um die VO 773/2004 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen zu ändern. Der Art 10a, welcher diese Thematik behandelt, ist dabei der einzige, den die VO 622/2008 gänzlich neu einfügt, im Gegensatz zu den anderen betreffenden Artikeln, die von ihr lediglich geändert werden. *„(1) Nach Einleitung des Verfahrens gemäß Artikel 11 Absatz 6 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 kann die Kommission eine Frist setzen, innerhalb der die Parteien schriftlich ihre Bereitschaft signalisieren können, Vergleichsgespräche im Hinblick auf die mögliche Vorlage von Vergleichsausführungen aufzunehmen.“*⁹¹ Abs 2 regelt, dass die Kommission in Vergleichsgesprächen den Parteien die Beschwerdepunkte, die Beweise, die nicht vertraulichen Fassungen und die Höhe der Geldbußen offen legt. Die Kommission kann bei Fortschritten in den Vergleichsgesprächen eine Frist setzen, in *„... der sich die beteiligten Parteien verpflichten können, das Vergleichsverfahren durch die Vorlage von Vergleichsausführungen anzunehmen, in denen die Ergebnisse der Vergleichsgespräche wiedergegeben und ihre Teilnahme an einer Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV einschließlich ihrer Haftbarkeit anerkannt wird.“*⁹² Sollte die Kommission zum Entschluss kommen, dass eine Rationalisierung des Verfahrens nicht mehr erzielt werden kann, kann sie jederzeit beschließen, die Vergleichsgespräche zu beenden.

➤ Anspruch auf rechtliches Gehör (Art 11), Recht auf Anhörung (Art 12) und Anhörung anderer Personen (Art 13)

Nach Art 14 Abs 1 VO 1/2003 hört die Kommission vor jeder Entscheidung den Beratenden Ausschuss. Davor allerdings gibt sie den betroffenen Parteien die Gelegenheit zur Äußerung (Art 11). Diese Äußerung kann auch gemäß Art 12 im Zuge einer Anhörung geschehen, wenn dies von den Parteien schriftlich gewünscht wird. Die Anhörung anderer als die in Art 5

⁹¹ Kommission 2008, Verordnung (EG) Nr. 622/2008, Art 10a Abs 1.

⁹² Kommission 2008, Verordnung (EG) Nr. 622/2008, Art 10a Abs 2.

und Art 11 betroffenen natürlichen und juristischen Personen, die ein ausreichendes Interesse darlegen und gehört werden wollen, werden nach Art 13 von der Kommission unterrichtet und bekommen eine Frist, in der sie schriftlich Stellung nehmen können. Auch jede andere Person kann von der Kommission aufgefordert werden, sich schriftlich zu äußern, oder bei der Anhörung anwesend zu sein und dort eine Äußerung zu tätigen.

➤ Durchführung der Anhörung (Art 14)

Art 14 regelt die Durchführung der Anhörung, deren wesentliche Inhalte in kompakter Form in einer schematischen Darstellung in Abbildung 20 überblicksmäßig dargestellt werden soll.

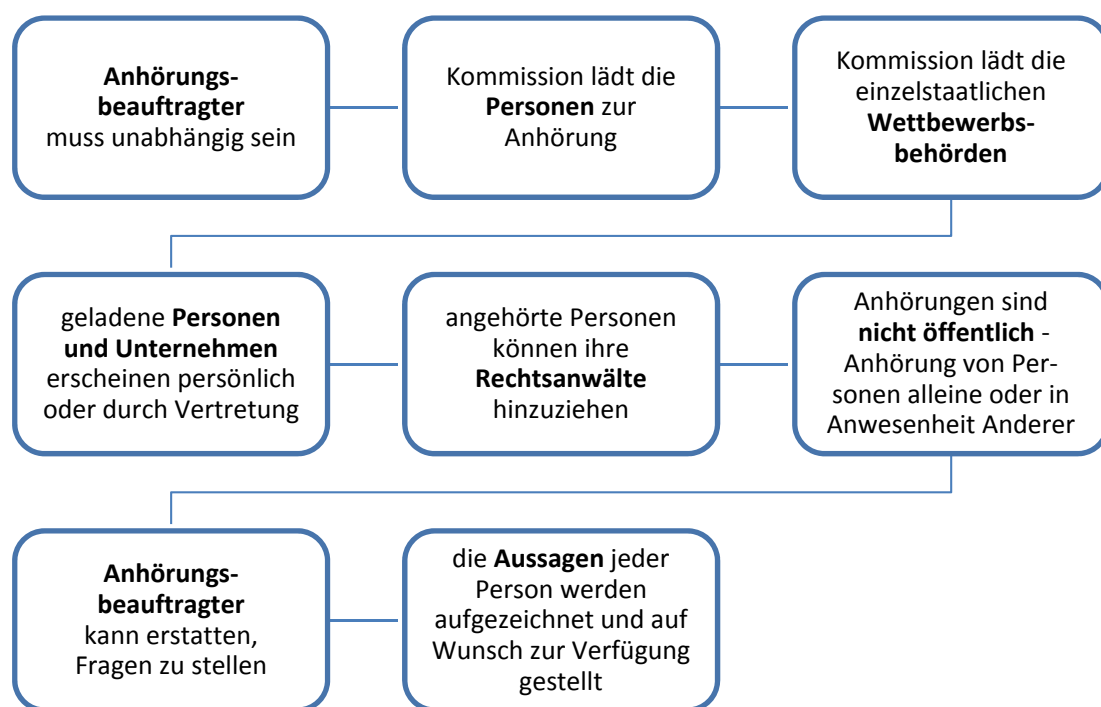


Abbildung 20: Durchführung der Anhörung (Art 14)

AKTENEINSICHT UND BEHANDLUNG VERTRAULICHER INFORMATIONEN (KAPITEL VI)

➤ Akteneinsicht und Verwendung der Unterlagen (Art 15)

Die betroffenen Parteien können auf Antrag Akteneinsicht nehmen. Davon ausgenommen sind Geschäftsgeheimnisse, vertrauliche Informationen und interne Unterlagen. „(1a) Nachdem das Verfahren (...) eingeleitet wurde und um den Parteien, die Vergleichsausführungen vorlegen möchten, dies zu ermöglichen, legt die Kommission den Parteien auf Antrag und zu den in den jeweiligen Unterabsätzen festgelegten Bedingungen, die in Artikel 10a Absatz 2 genannten Beweise und Unterlagen offen.“ Unterlagen, die nur aufgrund dieses Rechts zur Akteneinsicht erlangt wurden, dürfen auch nur dem Zweck der Durchführung von Gerichts- und Verwaltungsverfahren nach Art 101 und 102 AEUV dienen.

➤ Kenntlichmachung und Schutz vertraulicher Informationen (Art 16)

In diesem Artikel wird geregelt, dass die Kommission keine Unterlagen oder Informationen weitergeben darf, die Geschäftsgeheimnisse und vertrauliche Informationen enthalten. Um keine vertraulichen Informationen preisgeben zu müssen, wenn Personen nach Artikel 6, 7, 10 und 13 der vorliegenden Verordnung Stellungnahmen abgeben, werden die innerhalb einer festgelegten Äußerungsfrist abgegebenen vertraulichen Unterlagen unter Angabe von Gründen gekennzeichnet und eine nicht vertrauliche Fassung vorgelegt. Werden Unterlagen nicht gekennzeichnet, kann die Kommission davon ausgehen, dass darin keine vertraulichen Informationen enthalten sind.

9.2.4 Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art 101

Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI. C 11/1 vom 14.1.2011;

Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), ABI. C 101/08 vom 27.4.2004

Aufgrund des Inkrafttretens der VO 1/2003 am 01.05.2004 gilt seither das Legalausnahmesystem. Dabei obliegt es den Unternehmen vor einem Zusammenschluss die Auswirkungen auf den Wettbewerb abzuschätzen und daraus den Entschluss zum Unternehmenszusammenschluss zu treffen. Liegt nach Art 101 Abs 1 AEUV eine wettbewerbsbeschränkende Unternehmenskooperation vor, ist diese bei Erfüllung der Voraussetzungen nach Abs 3 desselben Artikels trotzdem vom Kartellverbot ausgeschlossen. Diese Ausnahmeregel erlaubt es Unternehmen sich zu rechtfertigen.

In kartellrechtlicher Sicht sind für die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft folgende **Aspekte zu prüfen**:

➤ Welche Voraussetzungen bezwecken/bewirken eine Wettbewerbsbeschränkung?

„ a) *Unter welchen Voraussetzungen bezweckt oder bewirkt eine Arbeitsgemeinschaft eine Beschränkung des Wettbewerbs? Regelmäßig geht es hier um die Befürchtung, dass durch die Bildung von Bieter-/Arbeitsgemeinschaften die Zahl der konkurrierenden Anbieter in einem Ausschreibungsverfahren so reduziert wird, dass ein effektiver Vergabewettbewerb gefährdet ist.*⁹³ Diese Fragestellung wird im Zusammenhang mit Art 101 Abs 1 AEUV in den nachfolgenden Absätzen erörtert.

➤ Was ist zu tun bei einer bedenklichen Verkleinerung des Bieterkreises?

„ b) *Für den Fall, dass in einer bestimmten Konstellation eine bedenkliche Verkleinerung des Bieterkreises eintritt: Unter welchen Voraussetzungen ist die Kooperation dennoch nach Art 101 Abs 3 AEUV vom Kartellverbot ausgenommen? In diesem Zusammenhang geht es um die Abwägung der Synergieeffekte aus der Kooperation mit den Nachteilen für den Wettbewerb.*⁹⁴

⁹³ Vgl. Schneider, Wollmann 2006, S. 10.

⁹⁴ Vgl. Schneider, Wollmann 2006, S. 10.

Die beiden Aspekte werden in den oben angeführten Leitlinien zur Anwendung von Art 101 behandelt. Dabei beschreiben die „Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV“ (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag) (im Folgenden auch „Allgemeine Leitlinien“ bezeichnet, weil sie auch so genannt werden) wann eine Kooperation den Wettbewerb nach Art 101 Abs 1 AEUV beschränkt. Des Weiteren legt darin die Kommission Kriterien für die Würdigung nach Art 101 Abs 3 AEUV fest. Die „Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit“ (im weiteren auch „Horizontale Leitlinien“ bezeichnet) regeln die Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern (Unternehmen) auf gleicher Wirtschaftsstufe und stellen einen analytischen Rahmen für eine Prüfung nach Art 101 AEUV dar. Deziert zu Arbeitsgemeinschaften geben die Horizontalen Leitlinien keine exakte Auskunft. Allgemeine Grundsätze können allerdings aus dem Kapitel „Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion“ geschlossen werden. Die beiden Leitlinien sind rechtlich nicht bindend, können aber als Empfehlung verstanden werden.

In den folgenden Abschnitten sollen die **wesentlichen Inhalte der beiden Leitlinien**⁹⁵ erläutert werden:

ZWECK UND ANWENDUNGSBEREICH

Die Allgemeinen Leitlinien sollen veranschaulichen, „... wie die Kommission die in Artikel 101 Abs 3 AEUV enthaltenen Voraussetzungen auslegt. Die Kommission gibt hierdurch eine Anleitung, wie sie Artikel 101 in Einzelfällen anzuwenden gedenkt.“⁹⁶ „Die Leitlinien schaffen ein analytisches Gerüst für die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3.“⁹⁷ Sie beziehen sich jeweils auf den Einzelfall, welcher immer unter besonderen Umständen zu betrachten ist und eine mechanische Anwendung ausschließt.

Der Gültigkeitsbereich dieser Leitlinien erstreckt sich über allgemeine Grundsätze für die wettbewerbsrechtliche Würdigung des Informationsaustauschs, Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion, Einkaufsvereinbarungen, Vermarktungsvereinbarungen sowie Vereinbarungen über Normen.

⁹⁵ Vgl. Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 97 ff sowie Kommission 2011, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, S. 1 ff.

⁹⁶ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 97, Rz 4.

⁹⁷ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 97, Rz 5.

Die Horizontalen Leitlinien dienen Unternehmen, in Einzelfällen untersuchen zu können, ob Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarungen, Unternehmensvereinigen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen über horizontale Zusammenarbeit nach Art 101 AEUV entstehen. *„Eine horizontale Zusammenarbeit liegt vor, wenn tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise schließen.“*⁹⁸ Auch wenn die Horizontalen Leitlinien im Kontext mit Wettbewerbsbeschränkungen erwähnt werden, muss dies nicht unbedingt bedeuten, dass Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit nur negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Als vorteilhaft kann man ihren wirtschaftlichen Nutzen in Bezug auf Senkung von Risiken, Einsparung von Kosten, Steigerung von Investitionen, Bündelung von Know-How, Verbesserung von Produktvielfalt und -qualität als auch Beschleunigung von Innovation nennen. Allerdings können sich auch horizontale Vereinbarungen negativ auf den Wettbewerb auswirken. Probleme entstehen u. a., wenn durch Vereinbarungen von Parteien Preise oder Produktionsmengen festgelegt, Märkte aufgeteilt oder Marktmächte erhalten sowie erweitert werden. Auch nachteilige Wirkungen auf Preise, Produktionsmenge, Innovation und Produktvielfalt oder -qualität sind möglich.

Aus dem vorherigen Absatz wird ersichtlich, dass sich horizontale Vereinbarungen sowohl vorteilhaft als auch nachteilig auswirken können. Dementsprechend bietet der Art 101 AEUV den rechtlichen Rahmen um abwägen zu können, ob die wettbewerbsfördernden den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen oder umgekehrt. Dieser soeben erwähnte Rahmen berücksichtigt vorrangig rechtliche und wirtschaftliche Kriterien. Im nachfolgenden Abschnitt „Ablaufabfolge einer Prüfung nach Artikel 101 AEUV“ stellt der Autor zwecks besserer Verständlichkeit den Inhalt der Leitlinien für die Prüfung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung nach Art 101 anhand eines selbst kreierten Ablaufdiagramms (Abbildung 21) in grafischer Form dar.

In den Leitlinien wird des öfteren von „Wettbewerbern“ gesprochen. Dabei sind allerdings zwei unterschiedliche Formen zu berücksichtigen. Zum einen tatsächliche Wettbewerber, also jene Unternehmen, die am selben Markt konkurrieren und zum anderen potentielle Wettbewerber. Ein solcher wäre z.B. ein Unternehmen, *„... wenn wahrscheinlich ist, dass es ohne die Vereinbarung im Falle eines geringen aber anhaltenden Anstiegs der relativen Preise innerhalb kurzer Zeit die zusätzlichen Investitionen tätigen oder sonstigen Umstellungskosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um in den relevanten Markt einzutreten, auf dem das andere Unternehmen tätig ist.“*⁹⁹ „Unternehmen, die Teil ein

⁹⁸ Leitlinien für die Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26062_de.htm, 06.06.2013.

⁹⁹ Kommission 2011, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, S. 5 Rz 10.

und desselben „Unternehmens“ im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 sind, werden in diesen Leitlinien nicht als Wettbewerber angesehen. Artikel 101 gilt nur für Vereinbarungen zwischen unabhängigen Unternehmen. Dasselbe gilt für Schwesternunternehmen, d. h. Unternehmen, über die dieselbe Muttergesellschaft bestimmenden Einfluss ausübt.¹⁰⁰

ABLAUFABFOLGE EINER PRÜFUNG NACH ARTIKEL 101 AEUV

Eine Prüfung gemäß diesen Leitlinien, muss immer den Einzelfall berücksichtigen. Somit sind diese Leitlinien flexibel anzuwenden und es ist daher nur äußerst schwierig bis gar nicht möglich, eine Checkliste mit exakten Kriterien zu erstellen. In Abbildung 21 auf Seite 69 ist aber ein Ablaufdiagramm dargestellt, welches einen analytischen Rahmen für die üblichen Formen von horizontalen Vereinbarungen für eine Prüfung nach Art 101 AEUV auf verständliche Weise aufbereitet. Obwohl stets der Einzelfall zu berücksichtigen ist, schildert der Autor in dieser Abbildung ein allgemeines Schema zur Prüfung der Vereinbarung nach Art 101 gemäß den vorliegenden Leitlinien. Vereinfacht gesagt, stellt Abbildung 21 die Ablaufabfolge einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung gemäß Art 101 AEUV dar.

Kurzbeschreibung der Prüfung auf Wettbewerbsbeschränkung nach Art 101 AEUV

Wie in Abbildung 21 ersichtlich, findet die Prüfung von horizontalen Vereinbarungen nach Art 101 AEUV in zwei Stufen statt. In der ersten Stufe wird gemäß Abs 1 geprüft, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann, einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt oder tatsächliche bzw. potenzielle wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Unter Abs 1 fallen übrigens auch noch Vereinbarungen, die spürbare negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter¹⁰¹ im Markt haben können. Liegt nach der ersten Stufe eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, findet in der zweiten Stufe die Anwendung des Art 101 Abs 3 AEUV statt. Dabei werden die wettbewerbsfördernden Auswirkungen den wettbewerbsbeschränkenden gegenübergestellt und es findet eine Abwägung statt, wobei die in Abs 3 geprüften vier kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen untersucht werden. Diese sind die Verbesserung der Warenerzeugung und der Warenverteilung, die Unerlässlichkeit der Beschränkungen, die angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn und der Ausschluss der Möglichkeit den Wettbewerb auszuschalten. Sind die wettbewerbsfördernden Auswirkungen nicht überwiegend, ist die Vereinbarung gemäß Art 101 Abs 2 AEUV nichtig.

¹⁰⁰ Kommission 2011, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, S. 5 Rz 11.

¹⁰¹ Solche Parameter sind z.B. Preise, Produktmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation.

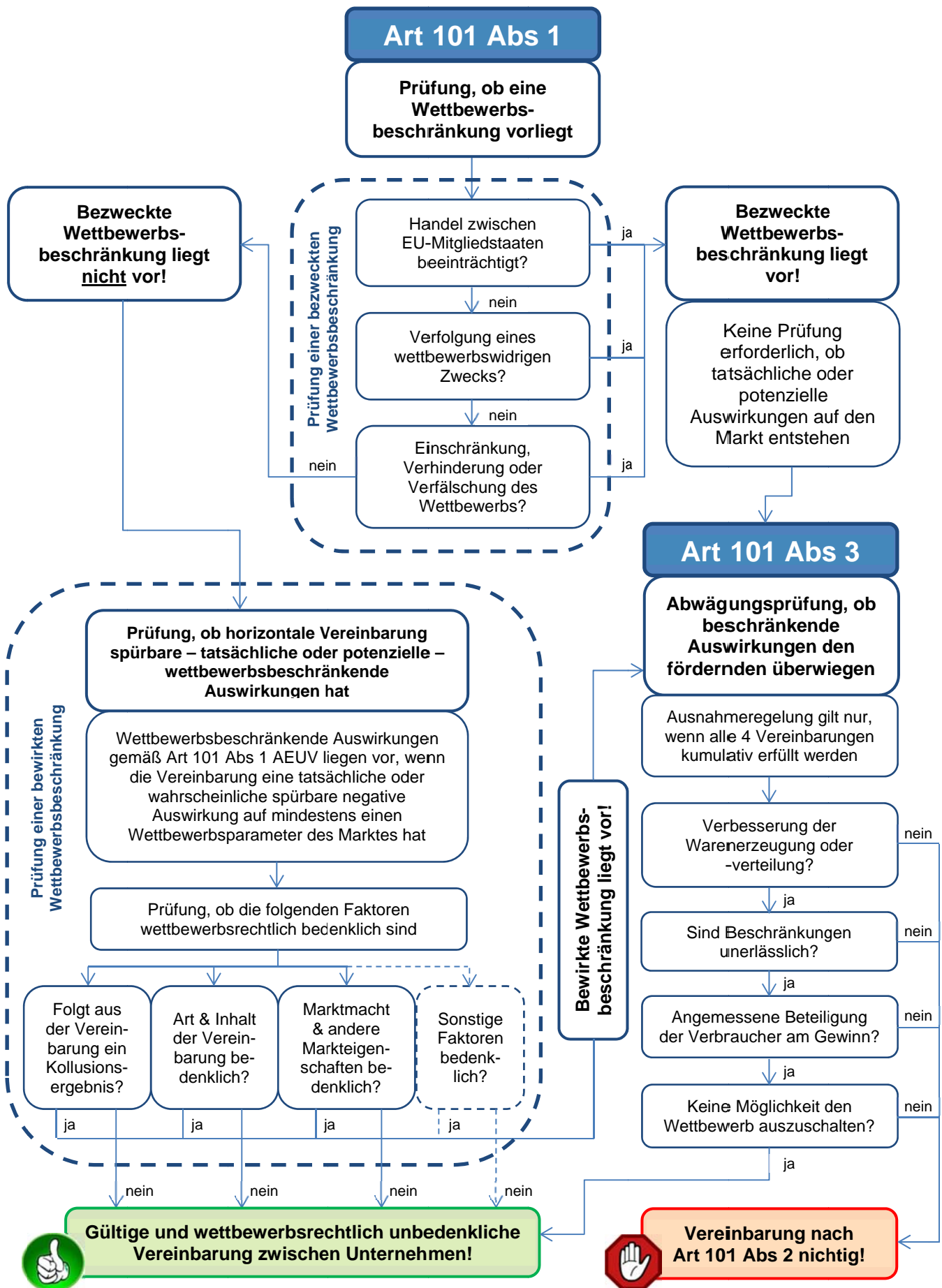


Abbildung 21: Ablaufabfolge einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung gemäß Art 101 AEUV

In den nächsten zwei Abschnitten werden die beiden soeben erwähnten Prüfstufen (Abs 1 und 2) nach Art 101 AEUV gemäß den Inhalten der Leitlinien detaillierter und ausführlicher erklärt. Dazu ist es empfehlenswert, den Ablauf des Prüfvorgangs aus Abbildung 21 parallel zum nachfolgenden Text mit zu verfolgen, um leichter den Überblick zu bewahren und die Zusammenhänge verstehen zu können.

KARTELLVERBOT IN ART 101 ABS 1 AEUV

Um den Wohlstand der Verbraucher zu schützen, soll Art 101 den Wettbewerb am Markt schützen. Des Weiteren soll er auch eine Ressourcenallokation gewährleisten. Um diese beiden Ziele zu erreichen, muss der Schaffung und Erhaltung eines Binnenmarktes besondere Beachtung geschenkt werden.

Art 101 Abs 1 AEUV kommt u. a. zur Anwendung bei „... *abgestimmten Verhaltensweisen oder kollusivem* ¹⁰² *Zusammenspiel zwischen Unternehmen, wenn mindestens ein Unternehmen sich gegenüber einem anderen Unternehmen zu einem bestimmten Marktverhalten verpflichtet, oder wenn infolge von Kontakten zwischen Unternehmen die Ungewissheit über ihr Marktverhalten beseitigt bzw. zumindest erheblich verringert wird.*“¹⁰³

Die soeben erwähnten Verhaltensweisen müssen nicht unbedingt ausdrücklich, sondern können auch stillschweigend abgemacht werden.

Die erste Prüfstufe läuft im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV ab. Dabei werden Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten der EU beeinträchtigen, einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgen oder den Wettbewerb einschränken. In diesem Kontext sind mit „Wettbewerbseinschränkung“ nicht nur die Einschränkung, sondern auch die Verhinderung und die Verfälschung des Wettbewerbs gemeint. Dementsprechend ist gemäß den Allgemeinen Leitlinien (2004, S. 99, Rz 18) grundsätzlich abzuklären, ob „... *eine Vereinbarung den tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb, der ohne sie bestanden hätte*“ beschränkt und somit Auswirkungen auf den marktinternen Wettbewerb hat. Ebenfalls ist in der zuvor genannten Quelle auch die zweite Frage abzuklären, ob „... *die Vereinbarung einen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb, der bestanden hätte, wenn es die vertraglichen Beschränkungen nicht gegeben hätte*“, beschränkt und somit Auswirkungen auf den Markenwettbewerb hat. Unter das Verbot des Abs 1 fallen allerdings nur solche Vereinbarungen, die eine

¹⁰² Kollusiv = unerlaubt zum Nachteil eines Dritten zusammenwirkend, www.duden.de, 26.06.2013.

¹⁰³ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 98, Rz 15 bzw.

Vgl. Gel, verb. Rs. T-25/95 und andere – Cimenteries CBR, Slg. 2000, S. II-491, Rdnrn. 1849 und 1852, Gel, verb. Rs. T-202/98 und andere – British Sugar, Slg. 2001, S. II-2035, Rdnrn. 58 bis 60.

Beschränkung des Marken- oder des markeninternen Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Die nachfolgenden Absätze erläutern den Unterschied dieser beiden Formen von Wettbewerbsbeschränkungen und beschreiben auch jeweils die weitere Vorgangsweise in einer Prüfung im Rahmen von Art 101 Abs 1 AEUV.

➤ **Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen**

Gemäß den Horizontalen Leitlinien (2011, S. 8, Rz 24) liegt „eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (...) vor, wenn die Beschränkung ihrem Wesen nach geeignet ist, den Wettbewerb im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 zu beschränken. Sobald der wettbewerbswidrige Zweck einer Vereinbarung festgestellt worden ist, müssen deren tatsächliche oder potenzielle Auswirkungen auf den Markt nicht mehr geprüft werden“¹⁰⁴, da sie „... im Hinblick auf die mit den Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft verfolgten Ziele ein großes Potenzial für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben.“¹⁰⁵

Vereinfachend kann gesagt werden, dass eine nach Art 101 Abs 1 für wettbewerbsbeschränkend bestimmte Vereinbarung aufgrund des zumeist großen negativen Potenzials nicht mehr auf dessen Auswirkungen auf den Markt untersucht werden muss und der nächste Prüfschritt direkt zum Abs 3 desselben Artikels führt.

Negative Auswirkungen von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen sind u. a. Preisabsprachen und Marktaufteilungen. Daraus folgt eine Fehlallokation¹⁰⁶ der Ressourcen, die wiederum von Preisanstiegen und Produktionsrückgängen verursacht wird. Somit werden Produkte und Waren für die Verbraucher nicht nur nicht ausreichend erzeugt, sondern verschlechtern auch den Wohlstand der Verbraucher indem die Waren- und Dienstleistungskosten steigen.

Dass bei der Beurteilung des Vorliegens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung viele Faktoren Einfluss nehmen klingt eigentlich nachvollziehbar. Diese sind z.B. Marktmacht, Verhalten am Markt oder Art und Inhalt der verfolgten Ziele der Vereinbarung. „Eine nicht erschöpfende Orientierungshilfe zur Ermittlung bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen

¹⁰⁴ Kommission 2011, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, S. 8 Abs 24 bzw. Siehe z.B. verbundene Rs. C-501/06 P et. al, GlaxoSmithKline, Rdnr. 55; Rs. C-209/07, BIDS, Rdnr. 16; Rs. C-8/08 P, T-Mobile Netherlands, Slg. 2009, I-4529, Rdnr. 29 ff; Rs. C 7/95 P, John Deere, Rdnr. 77.

¹⁰⁵ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 100, Rz 21.

¹⁰⁶ Fehlallokation = Abweichung von der optimalen Allokation, <http://www.economia48.com>, 29.06.2013
Allokation = Unter Allokation wird die Aufteilung gegebener Ressourcenbestände (Produktionsfaktoren) auf unterschiedliche Verwendungsmöglichkeiten verstanden, <http://www.wirtschaftslexikon24.com/>, 29.06.2013.

*kann den Gruppenfreistellungsverordnungen, den einschlägigen Leitlinien und den Bekanntmachungen der Kommission entnommen werden. Beschränkungen, die in den Gruppenfreistellungsverordnungen auf einer schwarzen Liste erscheinen oder in Leitlinien oder Bekanntmachungen als Kernbeschränkungen eingestuft sind, werden von der Kommission in der Regel als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen betrachtet.*¹⁰⁷

➤ Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

Ergibt die Prüfung nach Art 101 Abs 1 AEUV, dass eine Vereinbarung keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, so folgt im weiteren Schritt gemäß den Leitlinien und dem Ablaufdiagramm in Abbildung 21 eine Prüfung, ob die betrachtete Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Dabei werden die spürbaren Auswirkungen untersucht, die den Wettbewerb beschränken können. Im Zuge dessen spricht man von potenziellen und tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb. *„Damit wettbewerbsbeschränkende Wirkungen gemäß Art 101 Abs 1 AEUV vorliegen, muss die Vereinbarung eine wahrscheinlich spürbare negative Auswirkung auf mindestens einen Wettbewerbsparameter des Marktes haben (zum Beispiel Preis, Produktionsmenge, Produktqualität und Produktvielfalt oder Innovation).*¹⁰⁸ Dadurch, dass es sich aber bei jeder durchgeführten Prüfung um einen Einzelfall handelt, muss jeweils individuell der rechtliche als auch der wirtschaftliche Rahmen berücksichtigt werden, in dem der Wettbewerb ohne die zu prüfende Vereinbarung stattfinden würde. Sind die festgestellten wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen so gering, dass sie irrelevant sind, kommt das Verbot von Abs 1 des betreffenden Artikels nicht zur Anwendung.

Einen wesentlichen Teil der Prüfung auf wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen stellt eine Marktanalyse dar. Immerhin ist jedes Projekt individuell, u. a. in Bezug auf die unternehmensbezogene wirtschaftliche Situation, die Beteiligung anderer Wettbewerber, die Dauer des Projekts, die Auslastung der Unternehmen, die Priorität des Projekts für die Unternehmen, das Angebot weiterer Projekte, etc. Somit ändert sich der relevante Markt nicht nur mit der Zeit, er ist auch vom Ort abhängig. Die Wahrscheinlichkeit negativer Auswirkungen auf den Wettbewerbsmarkt ist umso größer, je mehr es eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung schafft, den Preis gewinnbringend zu erhöhen oder Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt und Innovation zu verringern. Eine wesentliche Beeinflussung stellen dabei Faktoren dar, wie z.B. die Art und der Inhalt der

¹⁰⁷ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 100, Rz 23.

¹⁰⁸ Leitlinien für die Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26062_de.htm, 06.06.2013.

Vereinbarung als auch die Marktmacht und andere Markteigenschaften, welche anschließend genauer erläutert werden.

- Art und Inhalt der Vereinbarung

„Art und Inhalt einer Vereinbarung ergeben sich unter anderem aus dem Gebiet und Zweck der Zusammenarbeit, der Wettbewerbsbeziehung zwischen den Parteien und dem Umfang, in dem sie ihre Tätigkeiten zusammenlegen. Diese Faktoren bestimmen, in welcher Hinsicht eine horizontale Vereinbarung wettbewerbsrechtlich bedenklich sein könnte.“¹⁰⁹

Eine Wettbewerbsbeschränkung durch eine horizontale Vereinbarung entsteht z.B. dadurch, dass anderen Parteien die Möglichkeit zur Agierung am Markt als unabhängige Wirtschaftsbeteiligte eingeschränkt wird. Eine weitere denkbare Wettbewerbsbeschränkung stellt jener Fall dar, in dem Parteien quasi verpflichtet werden, durch Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit enorme Vermögenswerte einzubringen. Die Entscheidungsfreiheit bezüglich finanzieller Angelegenheiten von Parteien kann durch horizontale Vereinbarungen ebenfalls beeinträchtigt werden. Die dabei durch eine horizontale Vereinbarung entstehenden Folgen können zum Beispiel ein Rückgang des Wettbewerbs zwischen den an der Vereinbarung beteiligten Parteien sein, was wiederum den generellen Wettbewerbsdruck senkt. Daraus resultiert ein Anstieg der Preise am relevanten Markt, welcher von den Wettbewerbern gewinnbringend genutzt werden kann.

Gemäß den Horizontalen Leitlinien (2011, S. 9, Rz 34) sind für die wettbewerbliche Würdigung der Vereinbarung die Antworten zu folgenden Fragen relevant:

- Sind die Marktanteile der Parteien einer Vereinbarung hoch?
- Stehen die Parteien einer Vereinbarung in engem Wettbewerb?
- Sind die Möglichkeiten begrenzt, dass Kunden ihre Anbieter wechseln?
- Wie hoch ist die Wahrscheinlichkeit, dass bei einer Preissteigerung die Wettbewerber ihr Angebot erhöhen?
- Ist eine der Parteien ein wichtiger Wettbewerber?

Weitere denkbare Folgen von horizontalen Vereinbarungen können auch Offenlegungen von Informationen der betroffenen Parteien sein. Der Austausch von Informationen über Preise, Kosten, Auslastungen, Auftragsbestände, Zukunftspläne, etc. kann strategisch

¹⁰⁹ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, S. 9 Rz 32.

von großer Bedeutung auf deren Wettbewerbsverhalten sein und die Kooperation bzw. die Zusammenarbeit der Parteien fördern. Bezüglich der bereits erwähnten Kosten kann eine Angleichung der anfallenden variablen Kosten der Parteien resultieren, die sich dann in aufeinander abgestimmten Angebotspreisen widerspiegelt. Des Weiteren kann auch die Produktion einfacher aufeinander abgestimmt werden. Allerdings kann nach den Horizontalen Leitlinien (2011, S. 10, Rz 36) eine einfachere Koordinierung von Marktpreisen und die Abstimmung der Produktion nur dann erzielt werden, wenn:

- die Parteien die erforderliche Marktmacht innehaben,
- die dafür erforderlichen Marktmerkmale vorliegen,
- ein hoher Anteil der variablen Kosten durch die Zusammenarbeit entfällt, und
- die Tätigkeiten zu einem hohen Grad zusammengelegt werden können.

„Eine horizontale Vereinbarung kann also die Entscheidungsfreiheit der Parteien einschränken und folglich die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass sie ihr Verhalten koordinieren, um ein Kollusionsergebnis zu erzielen; sie kann aber auch Parteien, die sich schon vorher untereinander abstimmen, die Koordinierung erleichtern und Stabilität und Wirksamkeit der Koordinierung erhöhen, indem sie die Koordinierung entweder festigt oder es den Parteien ermöglicht, noch höhere Preise zu verlangen.“¹¹⁰

- Marktmacht und andere Markteigenschaften

Wenn Parteien oder Vereinbarungen ein bestimmtes Maß an Marktmacht bzw. Markteinfluss erzielen, können sie dadurch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verursachen. Dabei kommt es nicht nur darauf an, ob die gemeinsam erlangte Marktmacht oder jene Marktmacht der einzelnen Parteien groß ist, sondern auch darauf, ob diese ausgenutzt werden kann. Zudem kann durch die Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien einer Vereinbarung eine Begründung, Erhaltung oder Stärkung der Marktmacht entstehen. *„Marktmacht ist definiert als die Fähigkeit, die Preise über einen erheblichen Zeitraum auf einer Höhe oberhalb des freien Marktpreises oder die Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation für einen erheblichen Zeitraum unterhalb des Wettbewerbsniveaus aufrecht zu halten.“¹¹¹*

¹¹⁰ Kommission 2011, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, S. 10 Rz 37.

¹¹¹ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 100, Rz 25.

„Marktmacht kann manchmal auch die Folge reduzierten Wettbewerbs zwischen den Parteien untereinander sein.“¹¹²

Die Frage ist natürlich, ab welchem Grad an Marktmacht eine Wettbewerbsbeschränkung entsteht. Grundsätzlich ist dazu zu sagen, dass es keine exakte Schwelle gibt, ab der eine Beschränkung des Wettbewerbs stattfindet. Fakt ist aber, dass gemäß Art 101 Abs 1 dann Marktmacht vorliegt, wenn der Wettbewerbsdruck zu gering ist und ein Wettbewerbsniveau in Bezug auf Preise, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt und Innovation nicht mehr gehalten werden kann. Wie schon im Kapitel „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ erläutert, bezieht sich nicht nur der Art 101 Abs 1 AEUV, sondern auch der Art 102 desselben Vertrages mit dem Begriff der „beherrschenden Stellung“ auf die Marktmacht. Dazu kann vereinfachend gesagt werden, dass Art 101 eine etwas heiklere Auslegung der Marktmacht im Vergleich zu Art 102 hat, bei welchem allerdings von einer „beherrschenden Stellung“ die Rede ist. Das Maß an Marktmacht, mit dem in Art 101 Abs 1 AEUV eine Wettbewerbsbeschränkung erzielt wird, ist nämlich geringer als jenes (beträchtliche) Maß, welches in Art 102 zu einer beherrschenden Stellung führt.

Für die Analyse der Marktmacht von Parteien wird zuerst dessen Stellung in den betroffenen Märkten ermittelt. Anschließend müssen die relevanten Märkte mithilfe der „Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI. C 372 vom 09.12.1997“ (nachfolgend mit „DEF RM“ bezeichnet) abgegrenzt sowie bestimmt und der Marktanteil der Parteien ermittelt werden. Im nachfolgenden Unterabschnitt wird das Wissenswerteste zur vorliegenden Thematik über die Bestimmung von Marktmacht und von Marktanteilen mithilfe der zuvor erwähnten „DEF RM“ erörtert.

- **Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI. C 372 vom 09.12.1997**

Zweck dieser Bekanntmachung ist es, zu erklären, nach welcher Vorgehensweise und mit welcher Methode die Kommission den sachlich und räumlich relevanten Markt im Zuge der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft im konkreten Einzelfall ermittelt und wie sie bei der Berechnung von Marktanteilen vorgeht. *„Durch Veröffentlichung der Verfahren, die von der Kommission im Hinblick auf die Definition des Marktes herangezogen werden, und durch die Offenlegung der*

¹¹² Leitlinien für die Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26062_de.htm, 06.06.2013.

*Kriterien sowie der Nachweise, auf die sich die Kommission bei ihrer Entscheidungsfindung stützt, will sie einen Beitrag zu mehr Transparenz in ihrer Politik und in der Entscheidungsfindung im Bereich Wettbewerb in der EU leisten.*¹¹³

Grundsätzlich wird der Markt definiert, um ein Gebiet oder einen Rahmen abzugrenzen, auf dem sich der Wettbewerb zwischen den Unternehmen abspielt. Gemäß der „DEF RM“ (Abs 3) „... sprechen (...) Unternehmen häufig vom Markt, wenn sie das Gebiet meinen, auf dem sie ihre Produkte verkaufen, oder allgemein die Branche, der sie angehören.“ Innerhalb dieses abgegrenzten Rahmens gelten die Wettbewerbsregeln in kartellrechtlicher Hinsicht ebenso wie die Regeln zum Missbrauch einer beherrschenden Stellung (Verordnung (EG) Nr. 1/2003) und die Regeln für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („Fusionskontrollverordnung“, Verordnung (EG) Nr. 139/2004). In diesem Rahmen findet der relevante Markt statt.

Jener relevante Markt ist eine Kombination aus einem sachlichen und einem räumlichen relevanten Markt, welche folgendermaßen nach „DEF RM“ (Abs 7 und 8) definiert werden:

*„Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.“*¹¹⁴

*„Der geografisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.“*¹¹⁵

Zur Analyse und Definition des relevanten Marktes geht die Kommission gemäß Abbildung 22 wie folgt vor:

Nachdem sich die Kommission einen ersten Eindruck vom bestehenden Markt gemacht hat, beginnt sie mit der Abgrenzung des Produktmarktes. Im nächsten Schritt bemüht sie sich, den räumlichen Markt abzugrenzen. Das Konzept der

¹¹³ Definition des relevanten Marktes,

http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26073_de.htm, 11.06.2013.

¹¹⁴ Kommission 1997, Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Rz 7.

¹¹⁵ Kommission 1997, Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Rz 8.

Substituierbarkeit (Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit) dient als Basis für die anschließend erfolgende gründlichere Analyse. Die Bedeutung der Analyse der Substitutionsbeziehungen ist alleine schon daran erkennbar, dass sie in der Zielformulierung der Marktdefinition ein zentrales Element darstellt. In seinem Aufsatz¹¹⁶ formuliert Friederiszick nämlich als Ziel der Marktdefinition, „... anhand der Analyse von Substitutionsbeziehungen, die Produkte und Wettbewerber zu ermitteln, die das Wettbewerbsverhalten der betroffenen Unternehmen signifikant beschränken.“ Hingegen wird der Wettbewerbsmarkt dahingehend sinngemäß definiert, als dass der Kunde (bzw. Auftraggeber) auf einem Markt zwischen Produkten auswählen kann, welche die gleichen Merkmale aufweisen und der Anbieter (bzw. Unternehmen) ungehindert Angebote seiner Produkte und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt tätigen kann.¹¹⁷ Im nächsten Schritt findet eine weitere Analyse statt, nämlich eine, die den relevanten Markt in Bezug auf seine Integration in den Märkten der EU prüft. Die Beurteilung des relevanten Marktes berücksichtigt gemäß Abs 38 bis 43 Aspekte wie Nachweise der Substitution in jüngster Vergangenheit, Ergebnisse aus Resultaten quantitativer Tests, Standpunkte von Kunden und Wettbewerbern, Verbraucherpräferenzen, Schranken und Kosten der Nachfragesubstitution sowie unterschiedliche Kundengruppen und Preisdiskriminierung. Nachdem der sachliche und räumliche relevante Markt abgegrenzt ist, werden im letzten Schritt die Marktanteile der einzelnen Parteien bzw. der Vereinbarung ermittelt. Dazu muss allerdings bekannt sein, wieviele und welche Anbieter, Kunden oder Verbraucher am Markt aktiv beteiligt sind und wie groß der Markt ist. Detailliertere Informationen werden an dieser Stelle in Bezug auf das Hauptthema dieser Arbeit vom Autor als redundant empfunden, können aber dem oben zitierten Aufsatz von Friederiszick entnommen werden.

Wie zuvor erwähnt und soeben in Worten beschrieben, stellt Abbildung 22 die Vorgehensweise der Kommission zur Analyse und Definition des relevanten Marktes dar.

¹¹⁶ Marktabgrenzung und Marktmacht, downloadbar unter:
<http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/marktabgrenzung.pdf>, 01.07.2013.

¹¹⁷ Vgl. Definition des relevanten Marktes,
http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26073_de.htm, 11.06.2013.

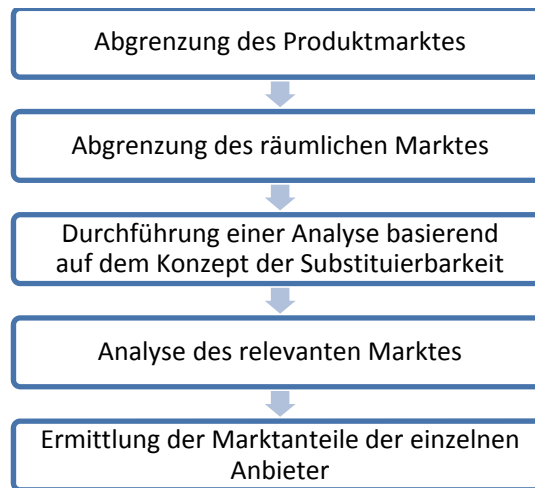


Abbildung 22: Analyse zur Definition des relevanten Marktes

Ergibt nun die Anwendung der „DEF RM“, dass der gemeinsame Marktanteil der Vereinbarung niedrig ist, ist in der Regel eine weitere Untersuchung nicht erforderlich, weil die Wahrscheinlichkeit äußerst gering ist, dass die Auswirkungen der horizontalen Vereinbarung nach Art 101 Abs 1 AEUV wettbewerbsbeschränkend sind. Dies bedeutet aber umgekehrt nicht unbedingt, dass ein hoher gemeinsamer Marktanteil zwingend wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat. Besteht nämlich eine Vereinbarung aus zwei Parteien, wobei eine davon einen unbedeutenden Marktanteil besitzt und nicht über bedeutende Ressourcen verfügt, so kann in der Regel auch der hohe gemeinsame Marktanteil nicht als Indikator für die Bewirkung einer Wettbewerbsbeschränkung herangezogen werden. Wenn allerdings eine Vereinbarung aus mehr als zwei Parteien besteht, muss der gemeinsame Marktanteil beträchtlich größer als der größte einer Partei sein. Nach einer allgemein verbindlichen Angabe, wann eine Schwellenübertretung des Marktanteils eingetreten ist, mit der eine so große Marktmacht verbunden ist, die ausreicht, um wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zu erzielen, sucht man allerdings vergebens.

Allerdings definiert die sogenannte „De-minimis-Bekanntmachung“¹¹⁸ in Form von Marktanteilsschwellen, was auf jeden Fall nicht unter eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art 101 AEUV fällt. Der folgende Unterabschnitt soll den für das Thema der vorliegenden Arbeit zutreffenden Inhalt dieser Bekanntmachung in kompakter Form wiedergeben.

¹¹⁸ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis) [Amtsblatt C 368 vom 22.12.2001].

- **Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. C 368/07 vom 22.12.2001**

Diese Bekanntmachung regelt also nicht, wann eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, sondern unter welchen Bedingungen eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung ausgeschlossen werden kann. Diese Bedingungen werden in Form von Marktanteilen definiert, welche gewisse Schwellen nicht überschreiten dürfen. Damit legt diese Bekanntmachung eine negative Definition der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung an den Tag, was allerdings nicht heißen soll, dass Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen mit einem Marktanteil über jenen besagten Schwellen den Wettbewerb spürbar beschränken. Jedoch können Vereinbarungen auch bei Überschreiten dieser Marktanteilsschwellen nur geringfügige Auswirkungen auf den Wettbewerb haben und somit gemäß Art 101 Abs 3 AEUV wettbewerbsrechtlich unbedenklich sein.

„Die Bekanntmachung trägt dazu bei, die Befolgungskosten der (kleineren) Unternehmen zu senken, wenn diese Vereinbarungen abschließen, die nicht von einer der Gruppenfreistellungen erfasst werden.“¹¹⁹

Dadurch, dass diese Bekanntmachung für „Vereinbarungen von geringer Bedeutung“ gilt, hält sich die Kommission hierbei eher zurück und wird gemäß Abs 4 weder auf Antrag noch von Amts wegen ein Verfahren eröffnen. Auch von der Verhängung von Bußgeldern sieht sie ab, sofern die Unternehmen gutgläubig davon ausgegangen sind, im Anwendungsbereich dieser Bekanntmachung zu liegen.

Den inhaltlichen Kern dieser Bekanntmachung bilden sicherlich die Definitionen der Marktanteilsschwellen, die je nach Art der Vereinbarung (entweder zwischen Wettbewerbern oder Nichtwettbewerbern) mit 5, 10 oder 15% festgesetzt sind. Nach Auffassung der Kommission ist eine Vereinbarung zwischen – tatsächlichen oder potenziellen – Wettbewerbern (horizontale Vereinbarung) dann nicht als spürbare Wettbewerbsbeschränkung zu bezeichnen, wenn der insgesamt gehaltene Marktanteil 10% oder weniger beträgt. Bei Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern (vertikale Vereinbarung) darf der gehaltene Marktanteil von jedem einzelnen Unternehmen die Schwelle von 15% nicht überschreiten, um als

¹¹⁹ Die De-minimis-Bekanntmachung: Freistellung für Vereinbarungen von geringer Bedeutung, http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26072_de.htm, 13.06.2013.

nicht spürbar wettbewerbsbeschränkend zu gelten. Sollte es schwierig sein eine Vereinbarung als horizontal oder vertikal einordnen zu können, gilt die 10%-Schwelle als vereinbart. Wie zuvor beschrieben, erwähnt die Bekanntmachung auch eine 5%-Schwelle. *„Wird in einem relevanten Markt der Wettbewerb durch die kumulative Wirkung von Vereinbarungen beschränkt, die verschiedene Lieferanten oder Händler für den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen geschlossen haben (...), so werden die (...) genannten Marktanteilsschwellen auf 5% herabgesetzt, ...“*¹²⁰

Diese Marktanteilsschwellen sind allerdings mit einer kleinen Unschärfe behaftet, denn die Kommission ist auch bei Überschreitung der Schwellenwerte (5, 10 und 15%) um höchstensfalls 2% während zwei aufeinander folgender Kalenderjahre der Auffassung, dass eine Wettbewerbsbeschränkung nicht vorliegt.

So großzügig die Kommission auch „marginale“ Abweichungen (von höchstens 2%) zulässt, so scharf behandelt sie Vereinbarungen, die eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (Kernbeschränkung) verursachen, indem sie für diese die Vorteile dieser Bekanntmachung nicht geltend macht. Wie schon auf Seite 71 der vorliegenden Arbeit beschrieben, haben solche bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen ein so großes Potenzial einen Wettbewerb zu beschränken, dass deren Wirkungen auf den Markt nicht mehr weiteruntersucht werden müssen.

Wird bei der Prüfung der Auswirkungen auf Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt, dass keine spürbaren wettbewerbsbeschränkenden – tatsächlichen und potentiellen – Auswirkungen von einer Vereinbarung ausgehen, kann diese als wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Vereinbarung zwischen Unternehmen rechtmäßig am Wettbewerb teilnehmen. Die Anwendung des Art 101 Abs 3 AEUV findet in diesem Fall nicht statt und die Prüfung ist gemäß Art 101 AEUV abgeschlossen. Die Allgemeinen Leitlinien äußern sich dazu (auf S. 103 Abs 40) wie folgt: *„Bei Vereinbarungen, die den Wettbewerb nicht beschränken, muss auch nicht ermittelt werden, ob sie Vorteile bewirken.“*

Liegen aber nach der Prüfung gemäß Art 101 Abs 1 AEUV bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen vor, findet im zweiten Prüfschritt nach Art 101 Abs 3 AEUV eine Abwägungsprüfung statt, wo die wettbewerbsbeschränkenden den wettbewerbsfördernden Auswirkungen gegenübergestellt werden. Der zweite Prüfschritt gemäß Art 101 Abs 3 AEUV wird nachfolgend erläutert.

¹²⁰ Kommission 2001, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäische Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), S. 14, Rz 8.

AUSNAHMEREGLUNG IN ART 101 ABS 3 AEUV

Nach der Untersuchung, ob eine Vereinbarung Wettbewerbsbeschränkungen bezweckt oder bewirkt, folgt in der zweiten Prüfstufe im Rahmen des Art 101 Abs 3 AEUV eine Vergleichsprüfung der positiven und negativen Wirkungen der betreffenden Vereinbarung. Diese Abwägungsprüfung erfolgt allerdings nur, wenn eine Vereinbarung den Wettbewerb gemäß Art 101 Abs 1 AEUV einschränkt und somit bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen oder Beschränkungen mit wettbewerbswidrigen Auswirkungen verursacht. Vereinfachend gesagt geht es in Art 101 Abs 3 AEUV um die Beurteilung der positiven wirtschaftlichen Auswirkungen einer Vereinbarung, um nach einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art 101 Abs 1 AEUV vielleicht doch noch vom Kartellverbot ausgenommen zu werden. Aus baupraktischer Sicht ist dieser Absatz von höchster Brisanz, da sich im Zuge dessen die Bildung einer bislang wettbewerbsbeschränkenden und nach Abs 1 bereits verbotenen Arbeitsgemeinschaft vielleicht doch noch als wettbewerbsfördernd herausstellen kann und dadurch nicht unter den Kartellverbotstatbestand fällt.

Nach dem ersten Absatz soll aber nicht die Vermutung entstehen, dass Vereinbarungen entweder ausschließlich wettbewerbsbeschränkend oder wettbewerbsfördernd sein können – deswegen auch die Abwägungsprüfung. Oftmals tritt der Fall auf, dass durch Unternehmenszusammenschlüsse Vereinbarungen getroffen werden, die zwar den Wettbewerb beschränken, allerdings auch positive Effekte in Form von Effizienzgewinnen bewirken. *„Diese Gewinne können einen Mehrwert schaffen, indem die Produktionskosten gesenkt werden, die Produktqualität verbessert oder ein neues Produkt entwickelt wird.“*¹²¹ Aus diesem Grund müssen die wettbewerbsbeschränkenden Aspekte und jene, die den Wettbewerb fördern, auf die sprichwörtliche Waagschale gelegt und danach miteinander verglichen werden. Überwiegen die wettbewerbsfördernden Auswirkungen, so kann diese Vereinbarung als insgesamt wettbewerbsförderlich angesehen werden. Demnach hält sie auch die Ziele der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft ein.

Die Voraussetzungen für eine wettbewerbsfördernde Vereinbarung stellen die nachfolgenden vier Kriterien dar. Nur wenn alle vier Kriterien gleichzeitig erfüllt sind, kann eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung gemäß der Ausnahmeregelung nach Art 101 Abs 3 AEUV als insgesamt wettbewerbsfördernd bezeichnet und vom Kartellverbot ausgenommen werden. Dabei teilen sich die Voraussetzungen auf zwei positive und zwei negative Kriterien auf, welche alle kumulativ erfüllt werden müssen. In Abbildung 23 sind diese Voraussetzungen dargestellt, wobei in der oberen Hälfte die positiv und in der unteren die negativ formulierten Kriterien angeführt sind.

¹²¹ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 102, Rz 33.

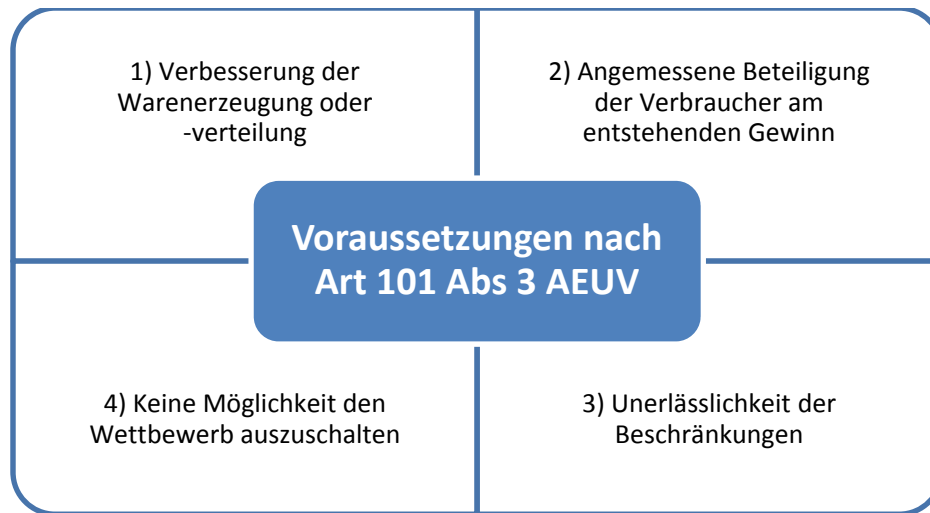


Abbildung 23: Voraussetzungen für die Erfüllung der Ausnahmeregelung in Abs 3

Die Beschriftung der vier Voraussetzungen in der obigen Abbildung soll deren Reihenfolge darstellen, wie sie in Art 101 Abs 3 AEUV enthalten sind. Auf den Aspekt der Befolgung der Reihenfolge im Zuge der Prüfung wird etwas später eingegangen. Fakt ist allerdings, dass für die Ausnahmeregelung (auch als „Legalausnahme“ bezeichnet) alle vier Voraussetzungen gleichzeitig erfüllt werden müssen.

Diese Legalausnahme gilt gemäß Abs 3 des betreffenden Artikels für Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Darunter werden u. a. einzelne Vereinbarungen verstanden, als auch solche bestimmter Kategorien, welche unter eine Gruppenfreistellungsverordnung fallen. Bei Vereinbarungen, die unter eine solche Gruppenfreistellungsverordnung fallen, brauchen die Parteien den Nachweis zur Erfüllung der Voraussetzungen nach Abs 3 nicht erbringen, so wie es eigentlich in Art 2 (Beweislast) der VO 1/2003 geschrieben steht. Es gilt diesbezüglich die Annahme, dass solche Vereinbarungen die vier Voraussetzungen nach Abs 3 erfüllen. Sind allerdings nicht alle vier Voraussetzungen des Abs 3 bei einer solchen Vereinbarung gegeben, haben die Kommission als auch die nationalen Wettbewerbsbehörden (ausgenommen Gerichte) gemäß VO 1/2003 Art 29 Abs 1 und 2 die Befugnis, den Vorteil der für diese Vereinbarung geltenden Gruppenfreistellungsverordnung zu entziehen.

Wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, die nicht unter eine Gruppenfreistellungsverordnung fallen und den Vorteil der Ausnahmeregelung beanspruchen, kommt die Beweislast für den Nachweis der Erfüllung der vier Voraussetzungen zu. Erbringen sie diesen Nachweis nicht, gilt nach Abs 2 des betreffenden Artikels die Vereinbarung als nichtig.

Die Bewertung wettbewerbsfördernder Vorteile einer nach Abs 1 festgestellten wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung erfolgt immer im Umfeld des relevanten Marktes. Wie schon im einführenden Kapitel „Zusammenwirken der wesentlichen wettbewerbsregelnden Komponenten“ erwähnt, sollen mit den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft der Wettbewerb im soeben erwähnten Markt geschützt, der Wohlstand der Verbraucher gefördert und die effiziente Ressourcenallokation ermöglicht werden.

In den nachfolgenden Unterkapiteln sollen die vier Voraussetzungen näher erklärt werden. Dadurch, dass alle vier Voraussetzungen gleichzeitig gelten müssen und die Ausnahmeregelung nach Art 101 Abs 3 AEUV schon dann nicht mehr gilt, wenn auch nur eine Voraussetzung nicht erfüllt wird, ist die Reihenfolge der Prüfung nicht relevant. *„In einigen Fällen ist die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung ein irreversibles Ergebnis. Wenn die Vereinbarung einmal durchgeführt ist, kann die Ausgangslage nicht wiederhergestellt werden. In diesen Fällen muss die Bewertung allein anhand des zum Zeitpunkt der Durchführung gegebenen Sachverhalts erfolgen.“*¹²² In den Allgemeinen Leitlinien wird die Reihenfolge der Prüfung im Vergleich zum Art 101 Abs 3 AEUV etwas geändert. Die Voraussetzung der Unerlässlichkeit der Beschränkungen wird nämlich vor der Voraussetzung der angemessenen Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn geprüft, weil die zuletzt genannte Voraussetzungsprüfung keine Wirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen einbeziehen sollte, die nicht als unerlässlich eingestuft wurden.

➤ Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung (Effizienzgewinne)

Die erste für die Bewirkung der Ausnahmeregelung zu erfüllende Voraussetzung nach Art 101 Abs 3 AEUV besteht aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung und aus dem Beitrag zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts.

Dabei können die unter den obigen Absatz fallenden positiven Wirkungen nur bei Vorliegen eines objektiv nachvollziehbaren Tatbestandes berücksichtigt werden und hängen nicht von der subjektiven Sicht der betroffenen Parteien ab. Es ist also nicht wettbewerbsfördernd, wenn eine Vereinbarung aufgrund ihrer erzielten Marktmacht Preise abspricht, Märkte aufteilt, Produktion und auch Produktionskosten reduziert und dadurch Kostensenkungen als Folge des Rückgangs von Produktionsmenge und dessen Wert lukriert. Es ist jedoch nicht nur das Spektrum von Wettbewerbsbeschränkungen groß, sondern auch jenes, welches Potenzial für Wettbewerbsförderungen enthält. Genau dieses soll in Art 3 betrachtet und die verschiedenen Arten von Effizienzgewinnen festgelegt werden. Zusätzlich „... sollen die

¹²² Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 104, Rz 45.

durch die Vereinbarung geschaffenen objektiven Vorteile und die wirtschaftliche Bedeutung der Effizienzgewinne ermittelt werden.“¹²³

Bei der Nachprüfung von geltend gemachten Effizienzgewinnen ist gemäß Rz 51 der Allgemeinen Leitlinien einiges zu beachten. Die Leitlinie spricht hierbei von „substantiierten“¹²⁴ Effizienzgewinnen. Bei der „Art der geltend gemachten Effizienzgewinne“ ist zu überprüfen, ob diese objektiv nachvollziehbar sind. Bei der „Verknüpfung zwischen der Vereinbarung und den Effizienzgewinnen“ ist auf den kausalen Zusammenhang zwischen der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung und den behaupteten Effizienzgewinnen Bedacht zu nehmen. Außerdem müssen noch die „Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß jedes geltend gemachten Effizienzgewinns“ geprüft werden. Zudem muss noch ermittelt werden „wie und wann jeder geltend gemachte Effizienzgewinn erreicht wird“.

In Art 101 Abs 3 AEUV werden umfassende Kategorien definiert, die den nachzuweisenden Effizienzvorteilen zugeteilt werden. Die beiden größten davon sind Kosteneinsparungen und qualitative Effizienzgewinne, welche aufgrund ihrer baupraktischen Wichtigkeit nachfolgend erläutert werden.

- Kosteneinsparungen

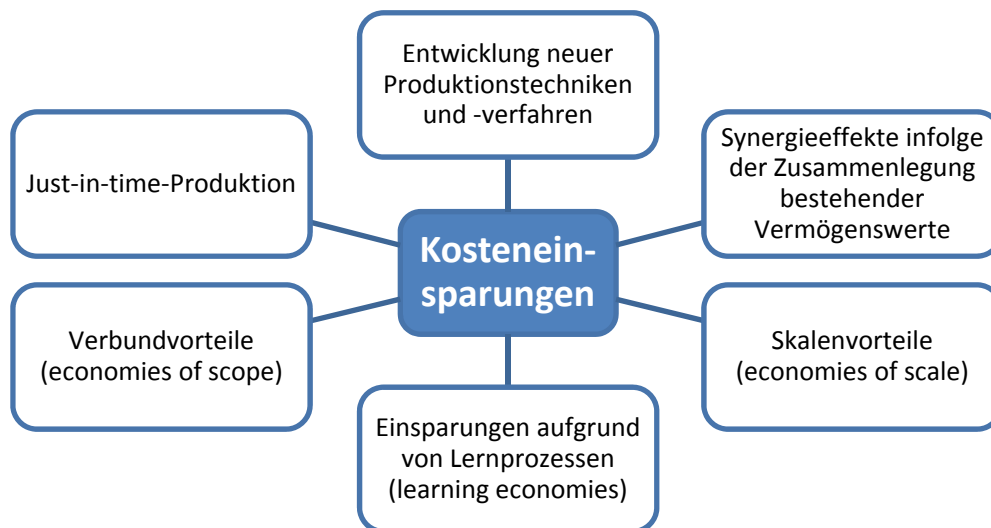


Abbildung 24: Wichtige Quellen von Kosteneinsparungen

Abbildung 24 zeigt wichtige Quellen von Kosteneinsparungen, die im weiteren Verlauf beschrieben werden.

¹²³ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 104, Rz 45.

¹²⁴ Substantiiert = Davon, dass ein Anspruch substantiiert ist, spricht man im Zivilprozessrecht, wenn genügend Tatsachen vorgetragen wurden, um ihn begründet scheinen zu lassen., www.lexexakt.de, 06.07.2013.

Eine äußerst wichtige Quelle von Kosteneinsparungen stellt die Entwicklung neuer Produktionstechniken und -verfahren dar, womit die Entwicklung von Technologie gemeint ist, die großes Einsparungspotenzial bietet.

Nicht minder wichtig sind Synergieeffekte infolge der Zusammenlegung bestehender Vermögenswerte. Dabei wird durch die Verknüpfung von sich ergänzenden Ressourcen, Technologien, etc. eine Senkung von Produktionskosten bzw. die Herstellung eines qualitativ höherwertigen Produktes ermöglicht. Dies führt wiederum zu geringerem Verwaltungsaufwand, Reduktion von Lagerfläche, etc.

Kosteneinsparungen können auch in Form von Skalenvorteilen, sogenannte „economics of scale“, auftreten, wodurch sich abnehmende Stückkosten bei steigender Produktion ergeben. *„In praktischer Hinsicht kann darunter etwa eine bessere Auslastung von Maschinen und dadurch eine günstigere Verteilung der Fixkosten oder eine Optimierung der Logistikstruktur verstanden werden.“*¹²⁵ Zudem können auch vorhandene Produktionsanlagen¹²⁶ (Fertigteilwerke, Aufbereitungsanlagen, Mischanlagen, etc.) besser ausgelastet werden.

Neben Skalenvorteilen können Kosteneinsparungen auch durch Verbundvorteile erzielt werden. Diese werden auch als „economics of scope“ bezeichnet. Sie ergeben sich, *„... wenn Unternehmen mit den gleichen Einsatzfaktoren unterschiedliche Produkte herstellen. Effizienzgewinne können dabei entstehen, wenn dieselben Komponenten und Anlagen mit demselben Personal zur Herstellung einer Vielzahl von Produkten eingesetzt werden.“* In dem Gutachten von Schneider/Wollmann (2006, S. 35) wird in diesem Zusammenhang das Beispiel einer bereits vorhandenen Baustelleneinrichtung erwähnt, die für ein weiteres Projekt genutzt wird. Durch die Verknüpfung, den Verbund oder die Zusammenlegung von Ressourcen verschiedener Art können die (Vertriebs-)kosten je Einheit gesenkt werden.

Die letzt genannte Art von Kosteneinsparungen ist die „Just-in-time-Produktion“¹²⁷. Durch diese Produktionsart können nicht nur Lagerkosten vermieden, sondern auch Produktionen (in diesem Fall die Bauabläufe) besser geplant und Kapazitäten besser ausgelastet werden. Wesentlicher Bestandteil für das Erzielen von Kosteneinsparungen solcher Art ist allerdings die Termintreue und Pünktlichkeit von Lieferanten, Nachunternehmern, etc.

¹²⁵ Steinbach 2009, S. 65.

¹²⁶ Vgl. Schneider, Wollmann 2006, S. 35.

¹²⁷ Just-in-time-Produktion = Produktionsprinzip, bei dem Zuliefer- und Produktionstermine genau aufeinander abgestimmt werden, um Lagerkosten zu vermeiden, www.duden.de, 07.07.2013.

Vorteile durch Effizienzgewinne, so wie sie im Zuge der Erklärung der Arten der Kosteneinsparungen in den oberen Absätzen behandelt wurden, müssen immer zahlenmäßig belegbar und kalkulatorisch nachweis- und nachvollziehbar sein. Nach dem Gutachten von Schneider/Wollmann (2006, S. 36) wäre dies in der Baupraxis am ehesten ein Vergleich der (individuell kalkulierten) Einzelangebote der Parteien mit jenem der Arbeitsgemeinschaft. Hätten die an der Vereinbarung (hier: Arbeitsgemeinschaft) beteiligten Unternehmen selbst kein Angebot aus objektiven Gründen gelegt und somit am Wettbewerb nicht teilgenommen, ist der soeben erwähnte Angebotsvergleich hinfällig.

Die Kostenvorteile für den Verbraucher¹²⁸ ergeben sich dann in vollziehbarer Weise, wenn das Angebot der ARGE günstiger ist als die Einzelangebote sind, andernfalls darf eine ARGE nicht gebildet werden. Dabei ist allerdings die ganze Thematik bezüglich des Vergabeverfahrens und der ARGE-Bildung mit größter Vorsicht zu genießen. *„Unzulässig wäre es nämlich, wenn die potentiellen Mitglieder einer ARGE im Vorfeld – also vor der gemeinsamen Angebotserstellung – Informationen hinsichtlich der Angebotskalkulation und des Angebotspreises austauschen würden, um so zu überprüfen, ob das gemeinsame Angebot tatsächlich günstiger als etwaige Einzelangebote der Mitglieder der ARGE wären.“*¹²⁹ Dadurch würde es nämlich im Falle keiner ARGE-Bildung zu einem beschränkten Wettbewerb kommen. *„Insoweit wird man sich auf eine Vergleichsrechnung bei jenen Kostenpositionen zu beschränken haben, bei denen Synergien in signifikantem Maß möglich erscheinen.“*¹³⁰

- Qualitative Effizienzgewinne

Effizienzgewinne qualitativer Art können nicht als weniger wichtig im Vergleich zu Kosteneinsparungen angesehen werden. Teilweise sind diese sogar von größerer Bedeutung für die Erfüllung der Ausnahmeregelung gemäß Art 101 Abs 3 AEUV. *„Technische und technologische Fortentwicklungen sind ein unverzichtbarer und dynamischer Bestandteil des Wirtschaftsgeschehens und erbringen bedeutende Vorteile in Form neuer oder verbesserter Waren und Dienstleistungen.“*¹³¹ Vereinbarungen, die obige Vorteile erreichen sind zumeist Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen,

¹²⁸ Im Kontext zu Bauarbeitsgemeinschaften wird unter „Verbraucher“ der öffentliche Auftraggeber verstanden.

¹²⁹ Steinbach 2009, S. 66.

¹³⁰ Schneider, Wollmann 2006, S. 36.

¹³¹ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 107, Rz 70.

welche durch die Verknüpfung von hochwertigem Know-How patentierte Technologien zusammenführen.¹³²

➤ Unerlässlichkeit der Beschränkungen

Gemäß dieser Voraussetzung nach Art 101 Abs 3 AEUV kommt die Ausnahmeregelung dann zur Anwendung, wenn durch eine Vereinbarung keine Wettbewerbsbeschränkungen entstehen, die für die Erzielung von Effizienzgewinnen nicht notwendig (unerlässlich) sind. Vereinfacht ausgedrückt kann man sagen, dass Vereinbarungen in diesem Kontext nur dann zu Beschränkungen führen dürfen, wenn diese für die Erzielung von Effizienzgewinnen erforderlich sind. Beschränkende Vereinbarungen, die in diesem Zusammenhang zur Erzielung von Vorteilen nicht unerlässlich sind, müssen unterlassen werden.

Um dieses Kriterium prüfen zu können, geben die Allgemeinen Leitlinien (2004, S. 107, Rz 73) ein zweistufiges Prüfverfahren an. Dabei wird im ersten Schritt überprüft, ob „... die Vereinbarung insgesamt vernünftigerweise notwendig sein muss, um Effizienzgewinne zu erzielen.“ Im zweiten Schritt wird der Frage nachgegangen, ob auch die einzelnen, „... sich aus der Vereinbarung ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen vernünftigerweise notwendig sein ...“ müssen.

In ihrer Dissertation erwähnt Steinbach (2009, S. 68) in diesem Zusammenhang das Urteil BT-MCI¹³³ und die vertretene Ansicht der Kommission, die hinsichtlich der Überprüfung von Arbeitsgemeinschaften hilfreich sein kann, um die Unerlässlichkeit einer wettbewerbsbeschränkenden ARGE bewerten zu können. Die Kommission kam in diesem Urteil „... zu dem Ergebnis, dass die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens unerlässlich war, um in den angestrebten Markt einzutreten, die Kosten und Risiken entscheidend zu verringern und die Unzulänglichkeit bei der Bereitstellung von Diensten und Leistungsmerkmalen schneller zu überwinden.“

Kurz gesagt; es dreht sich bei der vorliegenden Voraussetzung über die Unerlässlichkeit der Beschränkungen alles um die Frage, „... ob die Vereinbarung und ihre einzelnen Beschränkungen es ermöglichen, die fraglichen Tätigkeiten effizienter durchzuführen, als dies ansonsten wahrscheinlich der Fall wäre.“¹³⁴

Der Prüfung dieser Tatsache nimmt sich die Kommission nicht an, viel eher überlässt sie diese wirtschaftliche Beurteilung den Parteien, außer in solchen Fällen, wo es gemäß der

¹³² Vgl. Schneider, Wollmann 2006, S. 36.

¹³³ Kommission 27.7.1994, BT-MCI, 1994 L 223/36, Rn 58.

¹³⁴ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 107, Abs 74.

Allgemeinen Leitlinien (2004, S. 108, Rz 75) „... *hinreichend klar ist, dass es realistische und erreichbare Alternativen gibt.*“ Die Parteien müssen anschließend diesen Umstand aufklären und bekannt geben, warum solche weniger wettbewerbsbeschränkenden Alternativen eine erheblich geringere Effizienz erzielen würden.

Um in der ganzen Thematik auf einen gemeinsamen Nenner kommen zu können, muss zuerst geklärt werden, wann eine Wettbewerbsbeschränkung überhaupt unerlässlich ist. Die Allgemeinen Leitlinien (2004, S. 108, Rz 79) äußern sich sinngemäß dazu, dass es sich darum handelt, ob eine Beseitigung bzw. Schmälerung oder ein Rückgang der Wahrscheinlichkeit der Realisierung dieser Effizienzgewinne entsteht. Ist dies der Fall, dann wird eine Wettbewerbsbeschränkung als unerlässlich angesehen. Zu beurteilende Wettbewerbsbeschränkungen, die auf der schwarzen Liste von Gruppenfreistellungsverordnungen oder als Kernbeschränkungen in Leitlinien enthalten sind, sind mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht unerlässlich.

Bei der Beurteilung der vorliegenden Voraussetzung über die Unerlässlichkeit muss darauf geachtet werden, dass diese stets im tatsächlichen wirtschaftlichen Umfeld durchgeführt wird, um alle lokalen Einflüsse auch wirklich miteinfließen lassen zu können.

➤ Angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn

An dieser Stelle sei nochmals erwähnt, dass der Grund für die Vertauschung der Behandlung der Voraussetzungen im Vergleich zum Gesetzestext darin liegt, dass die Frage der Unerlässlichkeit vor jener der angemessenen Weitergabe von Effizienzgewinnen behandelt wird. Bei der Untersuchung der angemessenen Weitergabe von Verbrauchervorteilen werden die Auswirkungen (sowohl die positiven als auch die negativen) auf die Verbraucher erhoben. Dabei sollten Wirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen nicht in die Untersuchung einfließen, die als nicht unerlässlich deklariert wurden.

Die vorliegende Voraussetzung für die Erfüllung der Ausnahmeregelung enthält die „angemessene Beteiligung“ in ihrer Definition. Darunter wird in den obigen erwähnten Leitlinien sinngemäß die Weitergabe der Vorteile der Vereinbarung verstanden, die die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung zumindest ausgleichen müssen. Unter diesen Nachteilen werden tatsächliche oder voraussichtliche negative Auswirkungen verstanden. Immerhin haben es die Wettbewerbsregeln u. a. zum Ziel, den Wohlstand der Verbraucher zu fördern.

Zusätzlich muss noch der Begriff des „Verbrauchers“ geklärt werden. Mit diesem Begriff sind gemäß den Allgemeinen Leitlinien (2004, S. 109, Rz 84) Kunden der Vertragsparteien und

die späteren Käufer der Produkte gemeint. In der Bauwirtschaft sind damit Auftraggeber gemeint.

Ist die Beteiligung der Verbraucher nicht angemessen und stehen die Verbraucher nach der Vereinbarung schlechter da als zuvor, gilt die Ausnahmeregelung nach Art 101 Abs 3 AEUV als nicht erfüllt und gemäß Abs 2 desselben Artikels ist die Vereinbarung nichtig.

Das Kernthema dieser Voraussetzung ist eben jenes, ob die durch die Vereinbarung erzielten Vorteile in einem solchen Umfang weitergegeben werden, dass die tatsächlichen oder voraussichtlichen negativen Auswirkungen zumindest neutralisiert werden. Dabei geht es gar nicht darum, die Verbraucher an jedem Effizienzgewinn teilhaben zu lassen. Im Endergebnis muss aber zumindest eine Aufhebung der Nachteile erreicht werden. Dementsprechend muss eine Vereinbarung, die die Preise erhöht, die Verbraucher durch andere Vorteile entschädigen. Diese sind z.B. Qualität, Termine, sonstige Vorteile, etc.

Eine bestimmte Komponente ist in diesem Zusammenhang aber nicht zu vernachlässigen. In einem Zeitalter wie heute, wo die Inflation ein nicht unbedeutender Faktor in Bezug auf veränderliche Preise ist, muss eine zeitverzögerte angemessene Beteiligung am Effizienzgewinn dementsprechend wertmindernd gewertet werden. Die Allgemeinen Leitlinien (2004, S. 110, Rz 87) äußern sich zu diesem Thema insofern, als dass Effizienzgewinne umso größer sein müssen, je länger die zeitliche Verzögerung ist. Dadurch werden Verbraucher auch für den Verlust während des Zeitraums vor der Weitergabe der Vorteile entschädigt. Die zusätzliche Erhöhung der Effizienzgewinne einer zeitlich verzögerten angemessenen Beteiligung ist auf die Inflationsentwicklung und die entgangenen Zinsen zurückzuführen. Dieser Zusammenhang wird in der vom Autor erstellten

Abbildung 25 dargestellt.

Theoretisch wurde nun die Frage, wann eine Beteiligung als angemessen gilt, bereits in obiger Definition erläutert. Aber sich nur darauf zu stützen, dass die Vorteile die Nachteile zumindest eliminieren müssen, ist in praktischer Hinsicht nicht wirklich aussagekräftig. Es liegt aber auf der Hand, dass zwischen dem Schweregrad der Wettbewerbsbeschränkung und der Größe der weitergegebenen Effizienzgewinne eine annähernd lineare Abhängigkeit liegt. Diese Abhängigkeit wird in Abbildung 25 dargestellt, in der es weniger um den qualitativen Verlauf, sondern mehr um das Verständnis des Zusammenhangs geht.

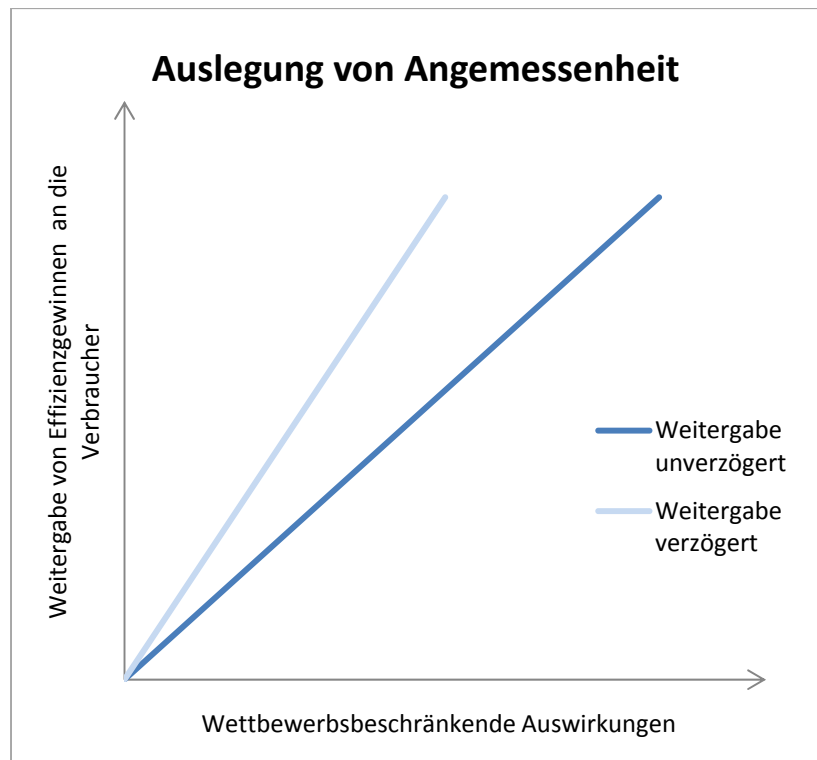


Abbildung 25: Auslegung von Angemessenheit

Die vorliegende Grafik ermöglicht die Formulierung folgender pauschaler Bemerkungen:

- Je größer die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen einer Vereinbarung sind (bis hin zu Kernbeschränkungen), desto bedeutender müssen die an die Verbraucher weiter gegebenen Effizienzgewinne sein.
- Sind die Wettbewerbsbeschränkungen allerdings nicht wirklich bedeutend, so werden auch im Verhältnis dazu die weitergegeben Verbrauchervorteile nicht allzu erheblich sein müssen, um die Voraussetzung der angemessenen Beteiligung der Verbraucher erfüllen zu können.
- Bei verzögerter Weitergabe von Effizienzgewinnen müssen diese umso größer sein, je länger die Verzögerung dauert. Der generelle Zusammenhang zwischen den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen und der verzögerten Weitergabe von Effizienzgewinnen bleibt annähernd gleich, nur ist hierbei keine direkt proportionale Abhängigkeit mehr gegeben. Demnach müssen bei gewissen Wettbewerbsbeschränkungen die verzögerten, an den Verbraucher weitergegeben Effizienzgewinne, größer sein als sie es ohne Verzögerung sein müssten.

Folgendes ist aber absolut klar und das ist ebenfalls die Meinung der Allgemeinen Leitlinien; bei begrenzten wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen und erheblichen Effizienzgewinnen einer Vereinbarung ist es wahrscheinlich, dass eine angemessene

Beteiligung der Verbraucher erfolgen wird. Viel sorgfältiger fällt aber die Prüfung aus, wenn eine Vereinbarung erhebliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen erzielt, im Gegenzug dazu aber auch bedeutende Wettbewerbsförderungen bewirkt.

Die nachfolgenden Abschnitte behandeln die Beurteilung und die Arten der Weitergabe von Effizienzvorteilen. Diese treten als Kosteneinsparungen oder als andere Arten von Effizienzgewinnen (z.B. qualitative Verbesserung) auf. Dabei ist es allerdings enorm schwierig, den Anteil der angemessenen Weitergabe zu berechnen. *„Die Unternehmen müssen aber ihre Behauptungen substantiieren, indem sie verfügbare Angaben und Schätzungen vorlegen, die den Gegebenheiten ihres Falles Rechnung tragen.“*¹³⁵

- Weitergabe und Ausgleich von Kosteneinsparungen

Um Kosteneinsparungen beurteilen zu können, die voraussichtlich an die Verbraucher weiter gegeben werden, müssen die folgenden Faktoren¹³⁶ berücksichtigt werden:

- Merkmale und Struktur des Marktes
 - Art und Ausmaß der Effizienzgewinne
 - Elastizität der Nachfrage
 - Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung.
- Weitergabe und Ausgleich anderer Arten von Effizienzgewinnen

Die Weitergabe von Effizienzgewinnen an den Verbraucher beschränkt sich nicht nur auf Kosteneinsparungen. Auch Vorteile qualitativer Art müssen berücksichtigt werden. Diese können z.B. neue oder verbesserte Produkte, Qualitätssteigerungen, höhere Garantie an Termineinhaltung, etc. sein. Die Frage ist nur, ob Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft zweifelsfrei den Tatbestand der qualitativen Effizienzsteigerung bei dieser Beurteilung einsetzen können. Durch hinreichende Projektbeschreibungen in Form von Plänen, Gutachten, Leistungsverzeichnissen, etc. kann der Ausschreibungsgegenstand nach allgemeiner Ansicht so beschrieben werden, dass jedes Bauunternehmen mit den geeigneten Voraussetzungen die geforderte Qualität in der Umsetzung gewährleisten kann. Dementsprechend ist es für Arbeitsgemeinschaften äußerst schwierig, erklären zu können, die Bauausführung durch den Unternehmenszusammenschluss besser und qualitativer abzuwickeln. Würden die an der ARGE beteiligten Unternehmen die Voraussetzungen nicht einhalten können, alleine ein Angebot zu erstellen und alleine die

¹³⁵ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 111, Rz 94.

¹³⁶ Vgl. Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 111, Rz 96.

geforderten Eignungen zu erfüllen, ist die zuerst angeführte Diskussion vom Tisch, zumal in diesem Fall ohnehin keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen würde.¹³⁷

Generell ist es allerdings ziemlich kompliziert, dynamische Effizienzgewinne in qualitativer Art zu werten und mit Kosteneinsparungen zu vergleichen, die dann in Summe den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen gegenübergestellt werden sollen, um aussagen zu können, wie die Abwägungsprüfung ausgefallen ist und ob die Ausnahmeregelung (Art 101 Abs 3 AEUV) in weiterer Folge erfüllt wurde.

➤ Keine Möglichkeit den Wettbewerb auszuschalten

Die vierte Voraussetzung von Art 101 Abs 3 AEUV behandelt die Frage, ob durch die Wettbewerbsbeschränkung der Vereinbarung die Möglichkeit geöffnet wird, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren auszuschalten. Um die Ausnahmeregelung zu erfüllen, darf keine Möglichkeit entstehen, den Wettbewerb auszuschalten. In diesem Zusammenhang geht es um die gesamte Wettbewerbsstruktur und letztendlich um das Kriterium, „... dass eine Kooperation sämtlicher potentieller Bieter in einer gemeinsamen Bietergemeinschaft kartellrechtlich unzulässig ist. Zumindest ein konkurrenzfähiges Gegenangebot muss realistisch möglich bleiben.“¹³⁸

Das große Ziel der Wettbewerbsregeln ist ja als Ursache des Verbraucherwohlstandes der Wettbewerbsschutz. Konkurrenz ist deswegen erst auch ab einer gewissen Anzahl an Wettbewerbern erwünscht. Darunter leidet der Wettbewerb und es führt zur Ausschaltung des selbigen, wodurch folglich der Wettbewerbsprozess stagniert.

Um nun die Frage nach einer möglichen Wettbewerbsausschaltung beantworten zu können, muss der Grad an Wettbewerb vor Abschluss der Vereinbarung mit der tatsächlichen Wettbewerbssituation nach Abschluss der Vereinbarung verglichen und die damit verknüpften Wettbewerbsbeschränkungen berücksichtigt werden.¹³⁹ Zu beachten ist dabei allerdings, dass Wettbewerbsbeschränkungen für die Ausschaltung des Marktes nach Art 101 Abs 3 AEUV umso geringer sein müssen, je schwächer der Wettbewerb auf dem betreffenden Markt ist. Pauschal kann auch gesagt werden, dass mit zunehmender Wettbewerbsbeschränkung einer Vereinbarung die Wahrscheinlichkeit steigt, den Markt auszuschalten und den Ausnahmetatbestand nicht mehr zu erfüllen.

¹³⁷ Vgl. Schneider, Wollmann 2006, S. 37.

¹³⁸ Schneider, Wollmann 2006, S. 38.

¹³⁹ Vgl. Steinbach 2009, S. 69.

Für die Beurteilung, ob eine Vereinbarung die Möglichkeit besitzt, den Wettbewerb auszuschalten, sind jedenfalls das tatsächliche Marktverhalten sowie das vergangene Wettbewerbsverhalten zu berücksichtigen. Dieser Aspekt hängt peripher mit dem Vergleich an Wettbewerbsintensität vor und nach dem Abschluss der Vereinbarung zusammen, wie es im Absatz zuvor beschrieben wurde. Bei der Beurteilung des tatsächlichen Marktverhaltens aber, können Hinweise auf die Auswirkungen erhalten werden. Sind erhebliche Preiserhöhungen aufgrund einer beträchtlichen Marktmacht nach Abschluss der Vereinbarung die Folge, lässt dies auf einen schwachen Wettbewerbsdruck und daraus folgend auf eine Ausschaltung des Wettbewerbs schließen.¹⁴⁰ Wird das vergangene Wettbewerbsverhalten genauer unter die Lupe genommen, können auch daraus Anzeichen gewonnen werden, die auf Auswirkungen auf das zukünftige Wettbewerbsverhalten schließen lassen. Eine nicht auszuschließende Konstellation dahin gehend wäre jene, wenn ein Unternehmen mit einem anderen Wettbewerber, der in der Vergangenheit ein „Störenfried“ war, eine Vereinbarung eingeht und damit eine wesentliche Wettbewerbsquelle am Markt eliminiert.

„Sind diese vier Voraussetzungen (nach Art 101 Abs 3 AEUV) erfüllt, stärkt die Vereinbarung den Wettbewerb auf dem relevanten Markt, weil es die beteiligten Unternehmen veranlasst, den Verbrauchern billigere oder bessere Produkte anzubieten und damit zugunsten des Verbrauchers die nachteiligen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung auszugleichen.“¹⁴¹ Des Weiteren gilt die Ausnahmeregelung nach Erfüllung aller vier Voraussetzungen als erfüllt und die nach Abs 1 zuerst als wettbewerbsbeschränkend bezeichnete Vereinbarung kann rechtmäßig am Wettbewerb teilnehmen.

¹⁴⁰ Vgl. Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 113, Rz 111.

¹⁴¹ Kommission 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag), S. 102, Rz 34.

9.3 Österreichisches Kartellrecht

Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), BGBl I 61/2005 geändert durch BGBl I 13/2013

Wie schon in Abbildung 15 dargestellt, gibt es nicht nur europäische, sondern auch nationale kartellrechtliche Wettbewerbsregeln. Tritt nämlich eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht ein, so kommt ausschließlich die Regelung des betroffenen Mitgliedstaats zur Anwendung. In Österreich findet in dieser Hinsicht das Kartellrecht im Kartellgesetz 2005 (im Folgenden als „KartG 2005“ bezeichnet) und als Ergänzung auch im Wettbewerbsgesetz (WettbG) seine Verankerung. Dabei enthält das KartG materielle Regeln (bezugnehmend auf alle Arten von Beschränkungen des Wettbewerbs). Des Weiteren beinhaltet das KartG organisations- und verfahrensrechtliche Bestimmungen für das Kartellgericht und den Bundeskartellanwalt und das WettbG¹⁴² selbige Bestimmungen für die Bundeswettbewerbsbehörde.¹⁴³ Der Vollständigkeit halber sei in diesem wettbewerblichen Zusammenhang noch das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) erwähnt. *„Im sogenannten Lauterkeitsrecht geht es im Wesentlichen darum, dem Unternehmer die Möglichkeit einzuräumen, sich gegen schädigende Wettbewerbsbehandlungen der Konkurrenten zur Wehr zu setzen bzw. werden Konsumenten gegenüber unlauteren Geschäftspraktiken von Unternehmen geschützt.“*¹⁴⁴

Aufgrund dessen, dass das nationale Kartellrecht nicht nur auf Basis des europäischen¹⁴⁵ funktioniert, sondern auch sehr stark darauf angepasst ist, werden in dieser Arbeit nur die Besonderheiten und die Grundzüge sowie Differenzen des österreichischen Kartellrechts im Gegensatz zum europäischen Kartellrecht dargestellt. Im weiteren Verlauf werden dem Leser die wesentlichen Änderungen in der Entwicklung des Kartellgesetzes seit 1988 geschildert. Auf die Kartellgesetznovelle 2012 (KaWeRÄG 2012) wird ebenfalls eingegangen. Danach findet ein Vergleich des Österreichischen Kartellrechts mit dem EU-Wettbewerbsrecht statt. In den nächsten Abschnitten wird das KartG 2005¹⁴⁶ genauer unter die Lupe genommen und für die zu untersuchende Thematik wesentliche Paragraphen näher erläutert.

¹⁴² Das WettbG als auch das UWG werden in dieser Arbeit nicht weiter behandelt.

¹⁴³ Vgl. Reidlinger/Hartung (2008, S. 17f).

¹⁴⁴ Kartellrecht in Österreich, WKO, 25.04.2013,

http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=432330&dstid=686&titel=Kartellrecht%2Cin%2C%C3%96sterreich

¹⁴⁵ siehe dazu Kapitel „9.2 Europäisches Kartellrecht“ der vorliegenden Arbeit.

¹⁴⁶ Der Gesetzestext zum KartG 2005 und die Abänderungen der KaWeRÄG 2012 sind im Anhang ab Seite 147 abgedruckt.

9.3.1 Kartellgesetz seit der Novelle 2002 des KartG 1988

RELEVANTE ENTWICKLUNGSSCHRITTE DES KARTELLGESETZES

Dieser Abschnitt soll die maßgebenden Änderungen des KartG 1988 seit der Novelle 2002 darstellen.¹⁴⁷

Bis zur Einführung der Kartellgesetznovelle 2002¹⁴⁸ waren Arbeitsgemeinschaften vom KartG 1988 ausgenommen. Grund dafür war eine Durchführungsverordnung¹⁴⁹ auf der Grundlage von § 17 KartG 1988. Damit erhielten Arbeitsgemeinschaften ohne jegliche Voraussetzungen „Kartellrechtsimmunität“. Mit dem Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle 2002 am 1. Juli 2002 aber, war die generelle Freistellung von ARGEN beendet und seit her bezog sich die gesetzliche Ermächtigung des Bundesministers für Justiz nicht mehr auf eine demonstrative, sondern auf eine taxative Aufzählung von freigestellten ARGEN. Bauarbeitsgemeinschaften, wie sie im Sinne dieser Arbeit verstanden werden, fielen allerdings nicht unter diese Aufzählung.

Mit der Einführung des KartG 2005¹⁵⁰ am 1. Jänner 2006 beginnt ein neues Kartellrechtssystem und gleichzeitig gilt die Anwendung des KartG 1988 für beendet¹⁵¹. *„Im Gegensatz zur Reform 2002, im Zuge derer das WettbG neu erlassen und das KartG 1988 novelliert wurde, handelt es sich bei der Reform 2005 nicht um eine überwiegend institutionelle, sondern um eine inhaltliche Reform.“*¹⁵² Mit dieser Gesetzesreform (KartG 2005) findet nämlich eine grundlegende Anpassung des österreichischen an das europäische Kartellrecht statt. Es ist sogar von einem Modernisierungsschub¹⁵³ die Rede, dessen Grundlage die VO 1/2003 bildet. Diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben wurden mit dem KartG 2005 auf nationaler Ebene umgesetzt und es wurde das System der Legalausnahmeregelung (§ 2 Abs 1 KartG 2005) eingeführt, das dem Art 81 Abs 3 EGV (heute Art 101 Abs 3 AEUV) praktisch wortwörtlich entspricht. Nicht nur in dieser Hinsicht, sondern auch generell wurde der Kartelltatbestand an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (damals Art 81 EGV, heute Art 101 AEUV) angepasst, sodass große Überschneidungen von österreichischen und europäischen Kartellrecht die Folge waren.

¹⁴⁷ Vgl. u. a. Steinbach 2009, S. 72f.

¹⁴⁸ BGBl I 62/2002.

¹⁴⁹ BGBl 185/1989.

¹⁵⁰ BGBl 61/2005.

¹⁵¹ Die Neuregelungen des KartG 2005 im Vergleich zum KartG 1988 werden im Anhang auf Seite 145 angeführt.

¹⁵² Reidlinger/Hartung 2008, S. 20.

¹⁵³ Vgl. Hoffer/Barbist 2005, S. 1.

Aufgrund des Zwischenstaatlichkeitsbezugs¹⁵⁴, der angibt, ob der Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, kann eine Anwendungsgrenze zwischen dem europäischen und dem österreichischen Kartellrecht gezogen werden.

Durch die Einführung der Legalausnahmeregelung sind auch die nationalen Wettbewerbsbehörden für die dezentrale Anwendung der damaligen Art 81 und 82 EGV (heute Art 101 und 102 AEUV) zuständig, was die Zusammenarbeit mit der EU-Kommission stärkt. Durch die Einführung des KartG 2005 „... kam es zu einem Wegfall der früheren Unterscheidung von verschiedenen Kartelltypen (Absichts- und Wirkungskartelle; Vereinbarungs- und Verhaltenskartelle; Normen-, Typen- und Rationalisierungskartelle) und somit auch zu einem Wegfall bis dahin privilegierter Typen von Vereinbarungen ...“¹⁵⁵ Die bis dato geltende Systematik der einzelnen Kartellformen wurde durch ein allgemeines Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen abgelöst. Dieses generelle Verbot ist in § 1 KartG 2005 als auch praktisch wortgleich in Art 101 Abs 1 AEUV verankert. Wie bereits zuvor erwähnt, findet sich in § 2 KartG 2005 der Ausnahmetatbestand, welcher wiederum praktisch wortwörtlich dem Art 101 Abs 3 AEUV entspricht. Dadurch, dass ARGEN nun nicht mehr freigestellt sind, werden sie bei Nichterfüllen der Voraussetzungen der Ausnahmeregelung nach § 2 KartG 2005 gemäß § 1 KartG 2005 als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen bezeichnet und gelten somit als nichtig.

Obwohl bereits erwähnt wurde, dass das Wettbewerbsgesetz in dieser Arbeit nicht behandelt wird, soll aufgrund ihrer Bedeutung trotzdem die „Kronzeugenregel“, als einer der wichtigsten Punkte der WettbG-Novelle 2005 erwähnt werden. Gemäß Reidlinger/Hartung (2008, S. 24) wurde „mit der WettbG-Novelle 2005 (...) erstmals eine – sowohl auf EG-Ebene als auch in vielen EU-Mitgliedstaaten bereits in ähnlicher Form bestehende – Kronzeugenregel eingeführt. Nach dieser kann die BWB unter bestimmten Voraussetzungen davon absehen, beim Kartellgericht die Verhängung einer Geldbuße gegen mit ihr kooperierende Unternehmen zu beantragen, bzw. nur eine geminderte Geldbuße beantragen.“ Vereinfacht gesagt, können durch die Kronzeugenregel an „wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen beteiligte Unternehmen mit einer „milderen“ Strafe bedacht werden oder vollkommen straffrei bleiben (...), wenn sie zur Aufdeckung derselben beitragen.“¹⁵⁶

¹⁵⁴ Dementsprechend wird die Anwendbarkeit des österreichischen Kartellrechts auf Vereinbarungen mit regionaler oder lokaler Bedeutung begrenzt.

¹⁵⁵ Reidlinger/Hartung 2008, S. 22.

¹⁵⁶ Reidlinger/Hartung 2008, S. 279.

KAWeRÄG 2012 - MAßGEBENDE ABÄNDERUNGEN UND AUSWIRKUNGEN

Mit 1. März 2013 wurde das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012¹⁵⁷ (nachfolgend als KaWeRÄG 2012 bezeichnet) eingeführt. Dabei handelt es sich um ein Bundesgesetz, welches das Kartellgesetz 2005, das Wettbewerbsgesetz (WettbG) und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb abändert. Für das Thema dieser Arbeit wesentliche Bestandteile der Novelle 2012 sind:¹⁵⁸

- Bagatellkartell (Anpassung der Bagatellausnahme durch eine Gegenausnahme für Hardcorekartelle an die europäischen Regelungen)
- Schadenersatzklagen (Erleichterungen für Schadenersatzklagen)
- Gemeinsame Marktbeherrschung (Einführung des Konzepts der gemeinsamen Marktbeherrschung nach deutschem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

Selbstverständlich gibt es auch einige andere Änderungen, wie z.B. Änderungen des Marktmissbrauchs, welche aber in der Praxis keine großen Änderungen¹⁵⁹ bewirken werden und für dieses Thema nicht unbedingt fundamental sind.

Dass die Auswirkungen für Bauarbeitsgemeinschaften von immenser Bedeutung sind, zeigt allein schon der Titel „Aus für Bau-ARGEN?“¹⁶⁰ eines Artikels¹⁶¹ zur Kartellrechtsnovelle 2012 in der Fachzeitschrift „bau aktuell“ (März 2012). Der Autor plädiert darin, dass durch die Abänderung des bestehenden KartG 2005 im Baugewerbe Arbeitsgemeinschaften in Zukunft verboten sind. Mit dem KaWeRÄG 2012 wurde nämlich die bis dato geltende Bagatellregel abgeändert. Diese attestierte den Ausnahmetatbestand vom Kartellverbot für Vereinbarungen (ARGEN), wenn sie am gesamten inländischen Markt einen Anteil von 5% und an einem inländischen räumlichen Teilmarkt einen Anteil von 25% nicht überschreiten. Anstatt dieser Regelung sind nun nicht nur neue Prozentsätze, sondern auch neue Bezeichnungen von Marktanteilen gültig. In der Gesetzesnovelle 2012 ist nämlich von einem relevanten Markt die Rede, dessen räumliche, zeitliche und wirtschaftliche Reichweite ungeklärt bleibt. Vom Kartellverbot gemäß § 1 KartG 2005 sind jedenfalls nach § 1 Abs 2 KartG 2005 Arbeitsgemeinschaften ausgenommen, dessen ARGE-Partner im Wettbewerb zueinander stehen und gemeinsam einen Anteil am relevanten Markt von 10% nicht überschreiten oder dessen ARGE-Partner im Wettbewerb nicht miteinander stehen und

¹⁵⁷ BGBl. I 13/2013.

¹⁵⁸ Vgl. KaWeRÄG 2012.

¹⁵⁹ Vgl. Hoffer/Barbist 2013, S. 4.

¹⁶⁰ Kurbos 2012, S. 76.

¹⁶¹ Dieser Artikel behandelt die Stellungnahme von Dr. Rainer Kurbos (Rechtsanwalt in Graz) zu dem von den Bundesministern Mitterlehner und Karl vorgestellten neuen Gesetzespaket für mehr Wettbewerb in Österreich.

einen Anteil am relevanten Markt von 15% nicht überschreiten. Im zweiten Fall ist nicht erkennbar, ob die 15% Anteil am relevanten Markt für die gesamte Vereinbarung oder für jedes Partnerunternehmen gilt. Doch als dem nicht genug sei, sind ARGEN, die obige Schwellenwerte (10 und 15%) nicht überschreiten auch erst wirklich vom Kartellverbot ausgenommen, wenn sie gemäß § 2 Abs 2 Z 1 KartG 2005 weder die Festsetzung der Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes noch die Aufteilung der Märkte bezwecken. Diese Gegen Ausnahme erhält aufgrund der äußerst brisanten Formulierung und der gravierenden praktischen Auswirkungen die Bezeichnung eines „Hardcore-Kartells“. Die große Frage, die sich aus dem Dilemma ergibt ist: *„Wie soll man denn eine Bau-ARGE zur Abgabe eines gemeinsamen Angebots gründen, die nicht (auch) die Festsetzung des (jeweiligen) Verkaufspreises (=Angebotspreises) bezweckt?“*¹⁶² Dementsprechend stellt jede Arbeitsgemeinschaft bei strenger Auslegung des Gesetzestextes ein verbotenes Kartell dar! Um einen gemeinsamen Angebotspreis abgeben zu wollen, muss nämlich dieser zuerst festgesetzt werden. Dadurch fällt eine ARGE aber unweigerlich unter die Gegen Ausnahme der „Hardcore-Kartelle“. Ausgenommen wäre nur jene seltene Form von Arbeitsgemeinschaften, bei denen ein Partnerunternehmen den Angebotspreis bestimmt und die anderen erst bei der Angebotsöffnung den Angebotspreis erfahren.

Die Gesetzesnovelle 2012 reformiert auch die Thematik der Schadenersatzklagen (§ 37a KartG 2005), da diesbezüglich für (in diesem Fall) geschädigte Auftraggeber Erleichterungen eingeführt werden, um Schadenersatzansprüche aus kartellrechtlichen Verstößen geltend machen zu können. Im Zuge der Novellierung finden Verzinsungsregelungen in jener Hinsicht statt, als dass die Schadenersatzforderung ab Eintritt des Schadens verzinst wird.¹⁶³ Außerdem wird während der Dauer eines Verfahrens zuzüglich 6 Monate ab rechtskräftiger Entscheidung die Verjährung eines Schadenersatzanspruches gehemmt. Gemäß Kurbos (2012, S. 76) kann aufgrund der neuen Rechtslage ein Schaden *„... aber schon gar nicht eintreten, weil es zuvor die Mitbewerber wohl verstehen werden, jede Form der ARGE schon im Vergabekontrollverfahren anzuprangern und so einer „Selbstschädigung“ (durch Beauftragung einer solchen ARGE) zuvorzukommen.“* Des Weiteren prophezeit er eine *„Vollbeschäftigung für alle Vergabe- und Wettbewerbsjuristen“*.

Eine weitere Änderung¹⁶⁴ durch die KaWeRÄG 2012 stellt die Reformierung der Marktanteilsschwellen im Zuge der gemeinsamen Marktbeherrschung (§ 4 KartG 2005) dar.

¹⁶² Kurbos 2012, S. 76.

¹⁶³ Vgl. Hoffer/Barbist 2013, S. 7.

¹⁶⁴ In dieser Arbeit werden drei wesentliche Änderungen durch die Gesetzesnovelle 2012 vorgestellt, deren Auswirkungen auf Bauarbeitsgemeinschaften von Bedeutung sind. Selbstredend beinhaltet

Gemäß einer Stellungnahme¹⁶⁵ wirkt sich die Reduzierung der Marktanteilsschwellen, ab denen eine kollektive Marktbeherrschung vermutet wird, zum Nachteil auf die Unternehmen aus. Man wollte sich an die Gesetzgebung Deutschlands anpassen, jedoch wurde anscheinend nicht berücksichtigt, dass unser Nachbarstaat eine Wirtschaftsstruktur hat, die mit der österreichischen nicht zu vergleichen ist. Gemäß § 4 Abs 2a KartG 2005 wird eine gemeinsame Marktbeherrschung bereits vermutet, wenn drei oder weniger Unternehmer einen gemeinsamen Marktanteil von mehr als 50% haben oder wenn fünf oder weniger Unternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von mehr als zwei Drittel haben. Überschreiten Unternehmen die soeben erwähnten Marktanteilsschwellen, wird eine kollektive Marktbeherrschung vermutet, die eine Voraussetzung für einen Marktmissbrauch darstellt und die Beweislast, dass diese Vermutung falsch ist, liegt bei den Unternehmen. Dass eine solche Beweisführung in der Praxis äußerst schwierig ist, ist verständlich.

die betroffene Novelle auch andere (in dieser Arbeit aber nicht angeführte) Änderungen bzw. Neuerungen.

¹⁶⁵ Vgl. Fussenegger, Ablasser-Neuhuber, Recht.Extrajournal.Net, Dossier: Bringt die Kartellgesetz-Novelle den Unternehmen Vorteile oder Nachteile?, <http://recht.extrajournal.net/2013/03/28/recht-extrajournal-net-dossier-bringt-die-kartellgesetz-novelle-den-unternehmen-vorteile-oder-nachteile-29917/>, 13.06.2013.

9.3.2 Österreichisches Kartellrecht vs. EU-Wettbewerbsrecht

Generell passt sich das KartG 2005 inhaltlich stark an das europäische Kartellrecht an. In ihrer Dissertation schreibt Steinbach (2009, S. 72) diesbezüglich von „*inhaltlichen Überschneidungen*“ und von „*im Ergebnis grundsätzlich gleichen wettbewerbsrechtlichen Einschätzungen*“. Die entscheidende Frage ist natürlich jene, ob für einen bestimmten Sachverhalt das nationale oder das europäische Kartellrecht Anwendung findet. Nicht nur diese, sondern auch die Frage nach Gemeinsamkeiten oder Unterschiede zwischen diesen beiden Gesetzen werden im folgenden Absatz behandelt.¹⁶⁶

„ANWENDUNGSGRENZE“ DER BEIDEN RECHTSLAGEN

Generell verbinden das europäische Wettbewerbsrecht mit dem österreichischen Kartellgesetz große Gemeinsamkeiten bezüglich deren Bestimmungen, die teilweise sogar über einen praktisch gleichen Wortlaut verfügen. Die nachfolgende Tabelle zeigt, in welchen Regelungen diese fast wortgleichen Gemeinsamkeiten auftreten.

Bestimmungen	KartG 2005	AEUV
Kartellverbot und Ausnahmen	§ 101	§ 1, § 2
Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung	§ 102	§ 5

Tabelle 2: Praktisch wortgleiche Gemeinsamkeiten von österreichischem und europäischem Kartellrecht

Diese Angleichung der österreichischen an die europäische Gesetzeslage (inklusive der Anwendung der VO 1/2003) und die dadurch bewirkte Vereinheitlichung der Wettbewerbsregeln dient u. a. den rechtsanwendenden Organen und jenen Unternehmern¹⁶⁷, die unter die Anwendung des Kartellrechts fallen.

Obwohl, wie in Tabelle 2 bereits erwähnt, die Grundbestimmungen annähernd wortgleich sind, gibt es theoretisch eine Anwendungsgrenze, das sogenannte „Zwischenstaatlichkeitskriterium“. Ist eine Vereinbarung in der Lage, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, kommt das europäische Kartellrecht zur Anwendung, ansonsten das österreichische. Warum der Titel dieses Abschnitts unter Anführungszeichen steht, hat den Grund, weil die Grenzen auf der praktischen Seite etwas unscharf und somit verschmiert sind. Dadurch kann es vorkommen, dass Sachverhalte, die eigentlich auf einen Mitgliedstaat

¹⁶⁶ Vgl. Reidlinger/Hartung 2008, S. 25ff.

¹⁶⁷ Darunter sind in diesem Kontext auch Arbeitsgemeinschaften zu verstehen.

zutreffen, trotzdem unter Art 101 und 102 AEUV fallen können. Bei manchen Sachverhalten liegen aber solche Voraussetzungen vor, dass beide Gesetzeslagen anzuwenden wären. Um diesbezüglich entstehende Normenkonflikte zu verhindern, gilt die Annahme des grundsätzlichen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht. In Art 3 VO 1/2003 findet sich dahingehend die Regelung über das Verhältnis der beiden Rechtslagen. *„Soweit einzelstaatliche Wettbewerbsbehörden das EG-Wettbewerbsrecht (Art 81 und 82 EG) gemäß Art 3 VO 1/2003 anzuwenden haben, wenden sie ihre jeweiligen einzelstaatlichen Verfahrensvorschriften an.“*¹⁶⁸

MÖGLICHE ANWENDUNGSKONFLIKTE

Obwohl das materielle österreichische Kartellrecht an das EG-Wettbewerbsrecht angepasst wurde, gibt es trotzdem einige Konfliktpunkte, wo sich die beiden Rechtslagen differenzieren und hinsichtlich der Zulässigkeit eines Sachverhalts zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können. Im Anschluss werden die wesentlichen solcher möglichen Anwendungskonflikte behandelt.

Bagatellkartell/De-minimis-Regelung

Im Kartellrecht sind sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene Regeln über die Ausnahme vom Kartellverbot enthalten. Dabei handelt es sich um die Bagatell- sowie um die De-minimis-Regelung. Es sind aber erst mit dem Inkrafttreten der KaWeRÄG 2012¹⁶⁹ als Bagatellkartelle jene Kartelle gemeint, an denen Unternehmer zueinander im Wettbewerb stehen und am relevanten Markt einen Anteil von 10% nicht überschreiten oder jene Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen und einen Anteil von weniger als 15% am relevanten Markt haben. Wenn diese Marktanteile nicht überschritten werden, dann gelten Kartelle als vom Kartellverbot ausgenommen. Die De-minimis-Regelung zielt auf die selben Grenzmarktanteile ab, gilt aber für Kernbeschränkungen (bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen) nicht. Auch wenn durch die Gesetzesnovelle 2012 die Höchstschranken an das Gemeinschaftsrecht angepasst wurden, gibt es weiterhin Differenzen. Diese sind nämlich im gleichen Absatz (§ 2 Abs 2 Z 1) zu finden, werden „Hardcore-Kartelle“ bezeichnet und stellen eine Gegen Ausnahme dar. Kartelle sind nämlich bei Unterschreiten der erwähnten Marktanteilsschranken nicht sofort vom Kartellverbot ausgenommen, sondern erst dann, wenn sie zusätzlich auch noch weder die Festsetzung der Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes noch die Aufteilung der Märkte bezwecken. Des Weiteren findet die österreichische

¹⁶⁸ Reidlinger/Hartung 2008, S. 27 –

Statt „Art 81 und 82 EG“ ist natürlich „Art 101 und 102 AEUV“ zu verstehen.

¹⁶⁹ Vor der Gesetzesnovelle 2012 waren die Grenzprozentsätze noch 5% am inländischen Markt und 25% an einem allfälligen inländischen räumlichen Teilmarkt.

Bagatellregelung zwingende Anwendung auf rein nationale Sachverhalte, währenddessen die De-minimis-Bekanntmachung für europäische Fälle zuständig ist und eine unverbindliche Auslegungshilfe darstellt.¹⁷⁰

Wie bereits bei der Vorstellung der Neuerungen durch die KaWeRÄG 2012 in dieser Arbeit beschrieben, stellen bei strenger Auslegung des Gesetzestextes ab dem 1. März 2013 gegründete Bauarbeitsgemeinschaften grundsätzlich ein „verbotenes Kartell“ dar.

Empfehlungskartelle

Gemäß § 1 Abs 4 KartG 2005 besteht eine strengere Sonderregelung¹⁷¹ bezüglich Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Solche Kartelle werden Empfehlungskartelle genannt. Ausgenommen davon sind als unverbindlich beschriebene Empfehlungen und solche, zu deren Durchsetzung kein wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck ausgeübt werden soll. Diese Bestimmung ist ein Beispiel dafür, dass Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet strengere Regelungen im Vergleich zum Gemeinschaftsrecht (innerstaatliche Wettbewerbsvorschriften) erlassen können. Sollte es zu einem Empfehlungskartell kommen gilt das strengere österreichische Recht aufgrund der in der VO 1/2003 Art 3 enthaltenen Bestimmungen.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Wie schon in Tabelle 2 angeführt, wird diese Thematik sowohl im KartG 2005 (§ 5 Abs 1 Z 2-4) als auch im Gemeinschaftsrecht (Art 102) behandelt. Im österreichischen Kartellgesetz bildet § 5 Abs 1 Z 1¹⁷² einen Missbrauchstatbestand, bei dem Forderungen nach Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder nach sonstigen Geschäftsbedingungen, die von jenen abweichen, die bei wirksamen Wettbewerb höchstwahrscheinlich vorgelegen hätten. Im Unterschied dazu formuliert der AEUV in Art 102 lit a diesbezüglich *„die unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen.“*¹⁷³ *„Darüber hinaus ist auch der Marktbeherrschungstatbestand in § 4 KartG wesentlich genauer – und wegen der Marktbeherrschungsvermutungen (§ 4 Abs 2) – praktisch strenger geregelt als im Gemeinschaftsrecht.“*¹⁷⁴

¹⁷⁰ Hoffer/Barbist 2013, S. 27.

¹⁷¹ Im Vergleich zum Gemeinschaftsrecht.

¹⁷² Neuregelung durch die KaWeRÄG 2012.

¹⁷³ Dieselbe Formulierung war vor der KaWeRÄG 2012 im KartG 2005 gültig.

¹⁷⁴ Reidlinger/Hartung 2008, S. 33.

9.3.3 Anwendungsbereich gemäß KartG 2005 (§ 24)

Das zuvor auf Seite 100 erwähnte Zwischenstaatlichkeitskriterium ist jenes, das den Anwendungsbereich von Gemeinschaftsrecht zu österreichischem Kartellrecht teilt. Das europäische Kartellrecht wird nur bei Vereinbarungen¹⁷⁵ angewendet, die in der Lage sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Gemäß § 24 Abs 2 KartG 2005 ist dieses Bundesgesetz „... nur anzuwenden, soweit sich ein Sachverhalt auf den inländischen Markt auswirkt, unabhängig davon, ob er im Inland oder im Ausland verwirklicht worden ist.“ Dementsprechend kommt in der österreichischen als auch in der gemeinschaftlichen Rechtslage das sogenannte Auswirkungsprinzip zur Anwendung. Dabei kommt es nicht darauf an, wo die betreffende Vereinbarung getroffen wurde, sondern einzig darauf, ob sie Auswirkung auf die Teilnehmer¹⁷⁶ des diesbezüglichen Marktes hat.¹⁷⁷

Wenn nationale Wettbewerbsbehörden und staatliche Gerichte mit Sachverhalten, die im Ausland getätigt wurden, konfrontiert werden und zur Lösung dieser herangezogen werden, müssen daraus beträchtliche Auswirkungen auf den österreichischen Markt resultieren. Dass solche Auswirkungen in der Praxis nicht einfach zu bestimmen sind, klingt nachvollziehbar. Dementsprechend kann es vorkommen, dass ein Sachverhalt sowohl dem österreichischem als auch dem europäischen Kartellrecht unterliegt, sofern nicht nur der inländische Markt betroffen ist, sondern auch der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt wird. Damit es zu keinen Parallelanwendungen kommt, die sich in Ergebnisdifferenzen auswirken, äußert sich die VO 1/2003 in Art 3 dazu, indem es dem Gemeinschaftsrecht den grundsätzlichen Vorrang gegenüber dem nationalen Recht einräumt.

§ 24 Abs 2 KartG 2005 enthält eine Aufzählung von Sachverhalten, für welche das Bundesgesetz nicht anzuwenden ist. Keine dieser Aufzählungen stellt einen möglichen Bezug zu ARGEN her.

ANMERKUNG: Im Anhang befindet sich auf Seite 150 der Gesetzestext zu § 24 KartG 2005.

¹⁷⁵ Darunter sind im Sinne dieser Arbeit Bauarbeitsgemeinschaften zu verstehen.

¹⁷⁶ Als Teilnehmer können Endkunden, respektive Bauherren verstanden werden.

¹⁷⁷ Vgl. Hoffer 2007, S. 216.

9.3.4 Kartellverbot gemäß KartG 2005 (§ 1)

In § 1 Abs 1 KartG 2005 findet sich nahezu wortwörtlich der selbe Wortlaut¹⁷⁸ wie es jener in Art 101 Abs 1 AEUV ist. Dabei werden „... *alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken ...*“; als Kartelle bezeichnet und sind verboten. Unter der Bezeichnung des „Unternehmers“ kann auch der Begriff des „Unternehmens“ verstanden werden. Gemäß Steinbach (2009, S. 77) sind Bieter- als auch Arbeitsgemeinschaften jedenfalls als Unternehmer bzw. Unternehmen im Sinne des § 1 KartG 2005 zu verstehen.

Ebenso findet sich im Abs 2 KartG 2005 der nahezu wortgleiche Inhalt wie in Art 101 Abs 2 AEUV. Darin sind Kernbeschränkungen des Wettbewerbs enthalten. Diese sind „... *Preisabsprachen, Produktions- und Absatzbeschränkungen sowie Marktaufteilungsabsprachen ...*“. ¹⁷⁹ Diese Aufzählung entspricht nur demonstrativem Charakter und schließt andere Anwendungsfälle nicht aus. ¹⁸⁰

Ebenso wie im österreichischen (§ 1 Abs 3 KartG 2005) sind auch im europäischen Kartellrecht (Art 101 Abs 2 AEUV) die soeben erwähnten verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse nichtig. ¹⁸¹

Im Unterschied zum Gemeinschaftsrecht enthält das nationale Recht sogenannte Empfehlungskartelle, die bereits in dieser Arbeit auf Seite 102 näher beschrieben wurden.

Aus den soeben beschriebenen Gemeinsamkeiten wird ersichtlich, dass sich das österreichische Kartellverbot fast nicht mehr von seinem gemeinschaftsrechtlichen Vorbild unterscheidet. ¹⁸²

SCHUTZZWECK

„Als Schutzzweck des Kartellverbots ist die Verhinderung bzw. Eindämmung der gesamtwirtschaftlich nachteiligen Folgen anzuführen, die sich ergeben, wenn Unternehmer

¹⁷⁸ Im Gemeinschaftsrecht unter Art 101 Abs 1 AEUV wird ferner noch das Kriterium „der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“ als Bedingung des Tatbestands erwähnt.

¹⁷⁹ Hoffer, Barbist 2013, S. 21.

¹⁸⁰ Vgl Reidlinger/Hartnung 2008, S. 49.

¹⁸¹ Verbotene Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig, können allerdings bei Erfüllen der Voraussetzungen nach § 2 KartG 2005 bzw. Art 101 Abs 3 AEUV vom Kartellverbot ausgenommen werden.

¹⁸² Vgl. Steinbach 2009, S. 76.

die Preis- bzw. Konditionen- und Mengenbildung nicht mehr den gegebenen Marktverhältnissen überlassen, sondern zum Gegenstand von Vereinbarungen machen. Aus ökonomischer Sicht bestehen diese Nachteile vor allem in höheren Preisen für Verbraucher als unmittelbarer Schaden und der entsprechenden Einschränkung des Angebots, wobei diejenigen Verbraucher, die zum Kauf der betreffenden Produkte nur zu den ursprünglichen Marktpreisen bereit waren, nunmehr auf vermeintlich billigere Substitute ausweichen. ... Insofern liegt der Schluss nahe, dass dem KartG durchaus ein sozialer Schutzzweck zu unterstellen ist, da der Schutz des Wettbewerbs als Institution zugleich auch regelmäßig dem Schutz von Verbraucherinteressen vor der Ausbeutung durch überlegene unternehmerische Macht dient.¹⁸³

VORLIEGEN EINER WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

Gemäß Hoffer (2007, S. 33) liegt eine Beschränkung des Wettbewerbs vor, „... wenn die beteiligten Unternehmer marktrelevante Verhaltensmöglichkeiten, die sie ohne die Vereinbarung hätten, nicht mehr wahrnehmen können.“

Ganz nach dem gemeinschaftsrechtlichen Vorbild unterscheidet sich auch im österreichischen Kartellrecht eine bezweckte von einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung.¹⁸⁴ Für den Kartellverbotstatbestand, sowohl nach dem nationalen als auch nach dem europäischen Kartellrecht, macht es zwar keinen Unterschied, ob eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, hinsichtlich der Regelung von Geldbußen ist es allerdings entscheidend welche Form von Wettbewerbsbeschränkung letztendlich vorliegt.¹⁸⁵

In der Praxis wird hinsichtlich einer Wettbewerbsbeschränkung eher nicht festgestellt werden, ob sie eine Verhinderung, eine Einschränkung oder eine Verfälschung des Wettbewerbs darstellt. Viel eher wird zwischen einer bezweckten und einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung unterschieden.

Reidlinger/Hartung (2008, S. 50) definieren eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung analog den Allgemeinen Leitlinien (2004, S.100, Rz 21). Demnach liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn sie ihrem Wesen nach geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken und ein dermaßen großes Potenzial für negative Wettbewerbsauswirkungen hat, dass deren tatsächliche Auswirkungen im Markt nicht nachgewiesen werden müssen.

¹⁸³ Hoffer 2007, S. 17.

¹⁸⁴ Vgl. Steinach 2009, S. 78.

¹⁸⁵ Vgl. § 30 KartG 2005.

Ebenfalls wird von den zuvor genannten Autoren (2008, S. 51) eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung analog zu den Allgemeinen Leitlinien (2004, S.100, Rz 24) bezeichnet. Bezwecken Vereinbarungen keine Wettbewerbsbeschränkungen, so ist zu prüfen, ob sie möglicherweise eine solche bewirken. Dabei müssen Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, den gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerb derart beeinträchtigen können, sodass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit negative Auswirkungen auf Preise, Produktionsmengen, Innovationen oder Vielfalt bzw. Qualität von Waren und Dienstleistungen erwartet werden können.

Gemäß Steinbach (2009, S. 78) ist in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften zu erwähnen, dass ARGEN im Falle einer Wettbewerbsbeschränkung auch nach nationalem Kartellrecht eine bezweckte Kernbeschränkung darstellen, weil sie eine Aufteilung des Marktes hervorrufen, was einer klassischen Kernbeschränkung des Wettbewerbs entspricht.

VORLIEGEN KEINER WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

Im Folgenden sollen Konstellationen¹⁸⁶ von Arbeitsgemeinschaften dargestellt werden, die grundsätzlich nicht als Wettbewerbsbeschränkung gelten.

- Dabei handelt es sich um ARGE-Partner, die faktisch nicht in der Lage sind, ein Angebot alleine (ohne Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen) abzugeben. An eine Wettbewerbsbeschränkung ist grundsätzlich nicht zu denken, da die Unternehmen weder aktuelle, noch potenzielle Wettbewerber sind.
- Bei dieser Konstellation schließen sich zwar Unternehmen zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammen, die aktuelle oder potenzielle Wettbewerber sind, können aber aufgrund von anderen Gründen¹⁸⁷ die zu erbringende Leistung nicht ohne einander durchführen. Weil aber letztendlich die ARGE-Partner ohne einander das ausgeschriebene Projekt nicht erstellen können, sind sie deswegen nicht als Wettbewerber anzusehen.
- Hierbei ist die Zusammenarbeit aufgrund von nachweisbaren Gründen unerlässlich.

Trotz alledem kann nach Steinbach (2009, S. 80) auch bei Vorliegen einer soeben erwähnten Konstellation eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, wenn einerseits ein oder mehrere Partnerunternehmen über erhebliche Marktmacht verfügen oder am Wettbewerb derart wenige Teilnehmer teilnehmen, dass der Wettbewerb eingeschränkt wird.

ANMERKUNG: Im Anhang befindet sich auf Seite 147 der Gesetzestext zu § 1 KartG 2005.

¹⁸⁶ Vgl. Steinbach 2009, S. 79.

¹⁸⁷ In diesem Sinne werden fehlende Genehmigungen, mangelndes Fachpersonal, unpassende oder fehlende Einrichtungen, etc. verstanden.

9.3.5 Ausnahmen vom Kartellverbot gemäß KartG 2005 (§ 2)

Der § 2 KartG 2005 stellt einen Ausnahmetatbestand vom Kartellverbot dar und funktioniert analog zu dem gemeinschaftsrechtlichen Vorbild als Legalausnahmesystem. Bezweckt oder bewirkt eine Vereinbarung gemäß § 1 Abs 1 KartG 2005 eine Wettbewerbsbeschränkung, so ist diese nicht von vornherein nach § 1 Abs 3 KartG 2005 nichtig. Erfüllt sie nämlich die Voraussetzungen gemäß § 2 Abs 1 KartG 2005, so ist sie zum Wettbewerb zugelassen, da die wettbewerbsfördernden den wettbewerbshemmenden Auswirkungen überwiegen. Dabei benötigt diese ex lege-Freistellung keine vorherige konstitutive¹⁸⁸ Genehmigungsentscheidung des Kartellgerichts.¹⁸⁹ Jedenfalls sind aber Vereinbarungen vom Kartellverbot nach § 1 KartG 2005 ausgenommen, die unter die in § 2 Abs 2 KartG 2005 aufgezählten Kartelltatbestände fallen. Eines dieser Ausnahmen stellt das Bagatellkartell dar, welches im nächsten Abschnitt näher unter die Lupe genommen werden soll bzw. bereits im Verlauf dieses Kapitels („9.3 Österreichisches Kartellrecht“) bereits das ein oder andere Mal erläutert wurde.

Durch die Selbstbeurteilung der Unternehmer, ob nun ein Kartellverbot gemäß § 1 KartG 2005 vorliegt oder doch die Voraussetzungen für die Legalausnahme nach § 2 KartG 2005 erfüllt sind und dadurch eine Ausnahme vom Kartellverbot erreicht wurde, stellt diese Regelung im Gegensatz zum KartG 1988¹⁹⁰ für die Unternehmer ein gewisses Risiko dar. Damit wird zwar eine Entlastung der Wettbewerbsbehörden erreicht, allerdings trug die Einführung des KartG 2005 zur Rechtsunsicherheit der Unternehmer bei.¹⁹¹

Der Wortlaut in § 2 Abs 1 KartG 2005 entspricht exakt jenem in Art 101 Abs 3 AEUV. Dies ist wiederum ein Indiz dafür, dass sich das österreichische an das europäische Kartellrecht angleicht. Aus diesem Grund werden im weiteren Verlauf nur noch die vier Voraussetzungen für das Vorliegen einer Kartellverbotsausnahme aufgezählt und ein paar Worte über die ohnehin bereits erwähnten Bagatellkartelle¹⁹² in § 2 Abs 2 Z 1 KartG 2005 verloren.

¹⁸⁸ Konstitutiv = als wesentliche Bedingung den Bestand von etwas ermöglichend, www.duden.de, 01.08.2013.

¹⁸⁹ Vgl. Hoffer 2007, S. 56.

¹⁹⁰ Zur Zeit des KartG 1988 bildete noch ein zentralisiertes Anmeldesystem die Rechtslage, bei dem alle Vereinbarungen zuerst geprüft wurden, um am Wettbewerb teilnehmen zu können.

¹⁹¹ Vgl. Hoffer 2007, S. 57.

¹⁹² Auch als „Hardcore-Kartell“ oder Gegen Ausnahme bezeichnet.

Die im vorherigen Absatz angesprochen vier Voraussetzungen ¹⁹³ gemäß § 2 KartG Abs 1 2005 lauten:

- Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung
- Angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn
- Unerlässlichkeit der Beschränkungen
- Keine Möglichkeit den Wettbewerb auszuschalten

Diese vier Voraussetzungen wurden bereits in Bezug auf das europäische Kartellrecht (siehe Seite 81) detailliert erläutert, sodass an dieser Stelle aufgrund der Analogie nur mehr darauf verwiesen wird.

BAGATELLKARTELL (HARDCORE-KARTELL)

Bereits im Kapitel „Kartellgesetz seit der Novelle 2002 des KartG 1988“ wurden die wesentlichen Neuerungen des Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 (KaWeRÄG 2012) auf Seite 97 erläutert. U. a. wurde dabei auch auf die Thematik der neuen Regelung des Bagatellkartells eingegangen. Ebenso wurde dieses Thema im Kapitel „Österreichisches Kartellrecht vs. EU-Wettbewerbsrecht“ beginnend auf Seite 100 behandelt.

An dieser Stelle soll nochmals auf „Hardcore-Kartelle“ Bezug genommen werden und das dadurch entstehende grundsätzliche Verbot für Arbeitsgemeinschaften erneut erwähnt werden.

Bagatellkartelle oder sogenannte „Hardcore-Kartelle“ sind verschärfte Gegenmaßnahmen zum Kartellverbot nach § 1 KartG 2005. Dabei sind Vereinbarungen vom Kartellverbot ausgenommen, sofern sie gewisse Marktanteilsschranken¹⁹⁴ unterschreiten. Aber auch bei Unterschreiten dieser festgelegten Grenzen können Vereinbarungen gemäß § 1 KartG 2005 verboten und dadurch nichtig sein, wenn sie die Festsetzung der Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes oder die Aufteilung der Märkte bezwecken.

¹⁹³ Diese vier Voraussetzungen sind gleichzeitig zu erfüllen um vom Kartellverbot ausgenommen zu werden. Ist auch nur ein Kriterium nicht erfüllt, ist die Vereinbarung gemäß § 1 Abs 3 KartG 2005 nichtig.

¹⁹⁴ 10% für Unternehmer, die zueinander im Wettbewerb stehen und 15% für Unternehmer, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen.

Das Dilemma in Bezug auf Bauarbeitsgemeinschaften ist, dass im Zuge der Angebotsbearbeitung¹⁹⁵ unweigerlich Verkaufspreise festgesetzt werden, was wiederum nach Kurboš (2012, S. 76) zum grundsätzlichen Verbot von ARGEN seit dem Inkrafttreten der KaWeRÄG 2012 am 1. März 2013 führt.

„Die Neuregelung der Bagatellausnahme hat (...) zur Besorgnis über die kartellrechtliche Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften, insbesondere in der Form von Bietergemeinschaften in Vergabeverfahren, geführt und Anlass zur Forderung nach einer Gruppenfreistellungsverordnung gemäß § 3 KartG gegeben.“¹⁹⁶

In der Zeitschrift „bau aktuell“ knüpft Wollmann¹⁹⁷ (2012, S. 8) zu diesem Thema wie folgt an: *„Bestrebungen in diese Richtung werden freilich mit dem Argument abgewehrt, dass angesichts des Vorrangs des Unionskartellrechts (Art 101 AEUV) und angesichts der geringen Größe des österreichischen Wirtschaftsraums (die dazu führte, dass fast alle Absprachen zwischen heimischen Unternehmen einen zwischenstaatlichen Bezug haben) ein nationaler Alleingang im österreichischen Kartellrecht wenig sinnvoll sei.“*

Hoffer/Barbist (2013, S. 23f) führen fort und sind der Meinung, es *„... setzt eine Freistellungsverordnung eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung voraus. Eine solche liegt in der Regel bei Arbeitsgemeinschaften nicht vor, da es den Teilnehmern darum geht, durch die Gemeinschaft einen Marktauftritt überhaupt erst zu ermöglichen. In den Fällen einer fehlenden individuellen Marktfähigkeit der Arbeitsgemeinschaftspartner unterliegt die Gemeinschaft nicht dem Kartellverbot, weil sie wettbewerbserschließend und nicht wettbewerbsbeschränkend ist. Dabei werden an das Kriterium der mangelnden Marktfähigkeit keine allzu strengen Maßstäbe zu legen sein. Für die kartellrechtliche Zulässigkeit der Bietergemeinschaft wird es in diesem Sinn ausreichen, wenn sich die unternehmerische Entscheidung gegen die Alleinbewerbung als objektiv nachvollziehbar erweist, wobei ein gewisser unternehmerischer Beurteilungsspielraum besteht.“*

Abschließend soll noch erwähnt werden, dass das Gemeinschaftsrecht eine solche Gegenausnahme nicht enthält. Mit der de-minimis-Bekanntmachung werden zwar die gleichen Marktanteilsschranken wie im österreichischen Kartellgesetz erzielt, allerdings beinhaltet diese Regelung keinen Passus, der auf ein „Hardcore-Kartell“ gemäß dem KartG 2005 hindeutet. Des Weiteren ist noch hinzuzufügen, dass nach dem KartG 2005 im Gegensatz zum europäischen Kartellrecht die Bagatellkartellregelung auch für

¹⁹⁵ In dieser Projektphase müsste man streng genommen von einer Bietergemeinschaft (BIEGE) sprechen.

¹⁹⁶ Hoffer/Barbist 2013, S. 23.

¹⁹⁷ Dr. Hanno Wollmann, LL. M. ist Rechtsanwalt und Partner einer Rechtsanwalts-Sozietät in Wien.

Kernbeschränkungen gilt. Im Gemeinschaftsrecht fallen Kernbeschränkungen nicht in die de-minimis-Bekanntmachung. Als gravierenden Unterschied ist an dieser Stelle aufzuzählen, dass die Regelung über Bagatellkartelle (§ 2 Abs 2 Z 1 KartG 2005) im österreichischen Kartellrecht normativen Charakter aufweist und die de-minimis-Bekanntmachung auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene gerade einmal eine unverbindliche Auslegungshilfe darstellt.

ANMERKUNG: Im Anhang befindet sich auf Seite 148 der Gesetzestext zu § 2 KartG 2005 und ab Seite 149 der Gesetzestext zu § 3, § 4 und § 5 KartG 2005.

10 AUSWERTUNG DER STELLUNGNAHMEN VON SPEZIALISTEN AUS DER BAUWIRTSCHAFT

Um nicht nur Arbeitsgemeinschaften und deren theoretischen Bezug zum Kartellrecht darzustellen, wird mit dem im Anhang ab Seite 131 befindlichen Interviewleitfaden auch auf die praktische Umsetzung eingegangen. Dazu werden drei Auftragnehmer und drei Auftraggeber anhand eines zuvor erstellten Leitfadens befragt. Die sechs Interviewpartner werden an dieser Stelle aufgrund von Anonymitätsgründen namentlich nicht erwähnt.

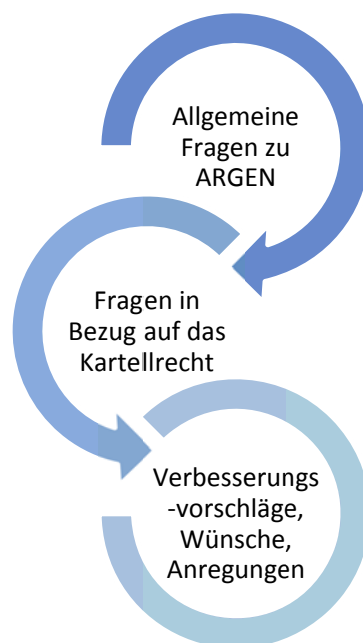


Abbildung 26: Ablauf der Interviews

Der grundsätzliche Ablauf der Interviews lässt sich mittels Abbildung 26 darstellen. In der ersten Gesprächsphase werden allgemeine Themen bezüglich Arbeitsgemeinschaften besprochen. Dabei wurde zu allererst auch der Unternehmensbereich erfragt, auf den die Antworten zu den Fragen abzielen sowie auch die Anzahl der Mitarbeiter, die in diesem Unternehmensbereich tätig sind. Damit können die Auswirkungen bzw. Antworten bezogen auf die Größe des Unternehmensbereichs ausgewertet werden. Anschließend soll der Fokus auf das Kartellrecht und dessen Einfluss auf ARGE- bzw. BIEGE-Bildungen gelegt werden. Ebenso wie in der vorherigen Gesprächsphase ist zur Beantwortung einerseits aus vorgegebenen Antwortmöglichkeiten zu wählen und andererseits eine freiformulierte Antwort als Begründung zu geben. Den Abschluss des Gesprächs soll eine offene Frage bilden, mit dessen Antwort die Gesprächspartner Verbesserungsvorschläge, Wünsche, Anregungen, etc. zu ARGEN äußern können.

Eigentlich wäre bei der Auswertung die Bewertung des Einflusses der KaWeRÄG 2012 interessant gewesen, da bei strenger Gesetzestextauslegung ein grundsätzliches ARGE-Verbot bestünde. Dadurch, dass diese Kartellrechtsnovelle erst seit 1. März 2013 in Kraft ist, sind die tatsächlichen Auswirkungen zu diesem Zeitpunkt noch nicht wirklich repräsentativ zu erfassen.

Der Interviewleitfaden ist im Anhang sowohl für Auftragnehmer als auch für Auftraggeber ab Seite 131 ersichtlich. Die Auswertung der Fragen ist im Anhang im Kapitel „C Ergebnisse der Interviews“ in Tabelle 3 auf Seite 140 und in Tabelle 4 auf Seite 142 angeführt. Wie darin zu erkennen ist, werden Auftragnehmer als „AN“ und Auftraggeber als „AG“ bezeichnet und mit jeweils 1-3 durchnummeriert (z. B. AN 2, AG 1, etc.).

Auf die Anonymität der Gesprächspartner sowie der betreffenden Unternehmen und deren Unternehmensbereiche wird besonderer Wert gelegt. Deswegen werden u. a. Mitarbeiterzahlen der betreffenden Unternehmensbereiche nur relativ zueinander und nicht absolut angegeben.

Manchmal wurde von den Interviewpartnern eine Antwort zwischen zwei zur Verfügung stehenden Antwortmöglichkeiten getroffen. So wurde z. B. mit „neutral“ geantwortet, was in der Auswertung zu einer gleichzeitigen Beantwortung mit „ja“ und „nein“ führte. Deswegen gibt es auch bei manchen Fragestellungen mehrere Antworten je Person. Im Gespräch wurde eine solche Doppelbeantwortung ausführlich begründet.

Die durchschnittliche Interviewdauer zur Abarbeitung des Leitfadens betrug zwischen 30 und 45 Minuten. Vorab soll auch erwähnt werden, dass alle sechs Interviewpartner die gestellten Fragen ausführlich und teilweise sehr detailliert beantwortet haben. Die Gelegenheit möchte der Autor auch nutzen, um seinen Gesprächspartnern dafür besten Dank auszusprechen.

In weiterer Folge soll zwischen den Begriffen „Unternehmensbereich“ und „Unternehmen“ kein Unterschied bestehen. Zudem steht der Gesprächspartner stellvertretend für sein Unternehmen, wodurch folglich von Antworten des Unternehmens bzw. des Auftragnehmers oder Auftraggebers gesprochen wird.

10.1 Auswertung der Auftragnehmer-Interviews

Zum Interview wurden drei renommierte Bauunternehmen unterschiedlicher Unternehmensgröße geladen. Vergleicht man die Mitarbeiteranzahl der zu untersuchenden Unternehmensbereiche, kann von einem großen (AN 2), einem mittleren (AN 3) und einem kleinen Unternehmen bzw. Unternehmensbereich (AN 1) gesprochen werden, auch wenn alle drei Bauunternehmen zu den Führenden in Österreich gehören.

Frage 1. Grundsätzlich sind sich alle drei Unternehmen einig, mit Bauarbeitsgemeinschaften bislang positive Erfahrungen gemacht haben. Die Gründe dafür liegen u. a. darin, dass man Bietergemeinschaften ohnehin nur mit Unternehmen gründet, mit denen die zwischenbetriebliche Chemie passt. Auch die klare Organisationsstruktur einer ARGE erweist sich in der Praxis als positiv. Zudem kann man auf die Stärken der einzelnen Partnerfirmen zugreifen und neben einer Verbreiterung des Know-Hows auch eine Risikostreuung erzielen.

Frage 2. Die Frage hinsichtlich der Häufigkeit der Gründung von Bietergemeinschaften in den letzten Jahren wurde einheitlich mit „regelmäßig“ beantwortet.

Frage 3. Die Aufgabenschwerpunkte der Unternehmensbereiche sollten in der nächsten Fragestellung durch eine Reihung der Antwortmöglichkeiten „Hoch- und Ingenieurbau“, „Tiefbau (Tunnel)“ und „Infrastrukturbau (Wasserbau, Straßenbau, Eisenbahnbau, etc.)“ festgestellt werden. Das Ergebnis zeigt, dass die betrachteten Antworten unterschiedlichster Reihenfolge und Priorität waren.

Frage 4. Nach der Frage über die Entwicklung der Häufigkeit der BIEGE-Bildungen in letzten Jahren wurde homogen mit „rückläufig“ geantwortet. Zudem gibt ein Gesprächspartner an, dass in seinem Unternehmen BIEGE-Bildungen in den letzten beiden Jahren stärker als in den vorangegangenen zwei Jahren zurückgegangen sind. Der Hauptgrund soll dabei an dem rückläufigen Bauvolumen für Großbauvorhaben liegen.

Frage 5. Ob diese rückläufige Entwicklung gemäß Frage 4 mit der Verschärfung des Kartellrechts in den letzten Jahren zu tun hat, wird vom mittleren und kleineren Bauunternehmen mit „nein“ beantwortet. Das große Unternehmen, das mit „ja“ geantwortet hat, führt dies auf die sorgfältige kartellrechtliche Kontrolle einer jeden Bietergemeinschaft zurück. Aufgrund von wettbewerbsrechtlichen Beurteilungen, die gemäß Kartellrecht eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben hätten, mussten schon einige Bietergemeinschaften vor

der gemeinsamen Angebotsbearbeitung unterlassen werden, was somit u. a. zum Rückgang der Bildung von Bietergemeinschaften für dieses Unternehmen beigetragen hat.

Frage 6. Alle drei Unternehmen sind sich einig, dass die rückläufige Entwicklung der BIEGE-Bildungen auch in Zukunft weitergehen wird.

Frage 7. Im Gutachten von Gugler (2010, S. 13) wird mit einer statistischen Auswertung von Angeboten gezeigt, dass die Erfolgsquote, also die Gewinnwahrscheinlichkeit, bei ARGEN mehr als doppelt so groß ist als bei Einzelunternehmen. Frage 7 zielt genau auf diese Thematik ab, womit herausgefunden werden soll, ob gefühlsmäßig BIEGEN wahrscheinlicher den Zuschlag erhalten. Dieser Meinung waren zwei Unternehmen mit der Begründung, dass man als Partnerfirma durch die Risikostreuung mehr Risiko eingehen kann, das Beste an Leistungsintensität in die Preiskalkulation einfließen lassen kann und sich sozusagen die „Rosinen“ aus der Unternehmensabstimmung „herauspicken“ kann. Das Argument gegen die höhere Zuschlagswahrscheinlichkeit von Bietergemeinschaften des anderen Auftragnehmers war, dass man ohnehin immer versuche, den bestmöglichen Preis abzugeben und es andere Unternehmen grundsätzlich auch nicht wesentlich billiger machen können.

Frage 8. Einheitlich haben alle drei befragten Unternehmen bei der Gründung einer Bietergemeinschaft Bedenken, dass sie ihren Partnerunternehmen einschlägiges Know-How, langjährige Erfahrung, etc. im Zuge der Projektdurchführung als Arbeitsgemeinschaft übertragen und ihre Konkurrenzfähigkeit für zukünftige Projekte stärken. Dass sich Unternehmen diesbezüglich Gedanken machen und grundlegende Überlegungen anstellen, ergab eine vertiefte Befragung.

Frage 9. Natürlich ist es interessant nachzufragen, ob es schon einmal zu Differenzen mit ARGE-Partnern während der Projektabwicklung kam. Nur bei einem Unternehmen traten bislang keine erwähnenswerten Konflikte auf. Differenzen gab es bislang hinsichtlich der Personal- und Gerätebeistellung und finanziellen Themen (z. B. Nachschüsse in die ARGE). Besonders problematisch sind Arbeitsgemeinschaften, deren Beteiligungsverhältnis 50/50% ist. Bei der Lösung des Problems haben oft die Anteile an der ARGE Einfluss auf den Konfliktausgang. Kommt auch dabei keine Lösung zu Stande, wird der Firmenrat mit dieser Sache betraut, welcher dann letztendlich eine Entscheidung treffen soll. Eine gerichtliche Streitschlichtung ist tunlichst zu vermeiden. Grundsätzlich versucht man aber, die Uneinigkeit innerhalb der ARGE zu behalten und sich gegenüber dem Bauherrn diesbezüglich nicht zu äußern.

Frage 10. Nachdem die grundsätzlichen Fragen zu Bieter- und Arbeitsgemeinschaften gestellt wurden, wird im zweiten Gesprächsabschnitt der Fokus auf den kartellrechtlichen Einfluss bezüglich Unternehmenszusammenschlüsse gelegt. Dass BIEGEN bzw. ARGEN unter das Kartellrecht fallen, war zwei Unternehmen bewusst. Dass sich das kleinere der drei Unternehmen mit dieser Thematik noch nicht weiter auseinandergesetzt hat, liegt wahrscheinlich daran, dass aufgrund des kleineren Marktanteils im Vergleich zu den anderen beiden Unternehmen, eine Wettbewerbsbeschränkung gemäß Kartellrecht eher nicht bezweckt bzw. bewirkt werden wird, was jedoch im Einzelfall stets zu prüfen ist. Jedoch sind Unternehmen nur aufgrund ihres geringen Marktanteils nicht automatisch von einer Wettbewerbsbeschränkung ausgenommen. Gemäß § 4 KartG 2005 treten unter gewissen Voraussetzungen auch Marktbeherrschungsvermutungen bezüglich „kleinerer“ Unternehmen auf.

Frage 11. Ebenfalls sagen zwei der drei Unternehmen, dass es ihrer Meinung nach nicht sinnvoll ist, das Kartellrecht über alle Branchen zu legen.

Frage 12. Nach der Frage, wie die Interviewpartner eine Verschärfung des Kartellrechts für die Gesamtwirtschaft finden, gab es durchaus sehr unterschiedliche Ergebnisse von „egal“ und „schlecht“ bis „gut“. Im globalen Markt soll eine Verschärfung des Kartellrechts nämlich nicht nur den Wettbewerb verhindern, sondern auch eine Verteuerung (Erhöhung des Angebotspreises) bewirken, da eine Risikostreuung nicht mehr möglich sein wird. Für den lokalen Markt aber, hätte eine Verschärfung des Kartellrechts für die Gesamtwirtschaft eine positive Wirkung. Eine weitere Antwort war, dass der Status Quo nicht schlecht ist, weil die Behörde einen gewissen Spielraum hat.

Frage 13. Wie die Bauunternehmen generell über eine Verschärfung des Kartellrechts für das bauausführende Gewerbe denken, soll Frage 13 erläutern und sie hat gezeigt, dass zwei Unternehmen diesen Umstand als „schlecht“ beurteilen und es dem kleineren Bauunternehmen „egal“ ist. Der Grund für die Antwort des kleineren Unternehmens könnte jener sein, dass auch bei einer Verschärfung z. B. der Marktschranken höchstwahrscheinlich immer noch keine Wettbewerbsbeschränkung erzielt wird. Dementsprechend würde eine weitere Verschärfung die mächtigeren Unternehmen bei der BIEGE-Bildung noch stärker beeinträchtigen.

Frage 14. Zwei Unternehmen achten bei der Partnerauswahl bzw. in der Angebotsbearbeitung „sehr“ auf die Einhaltung des Kartellrechts, das kleinere Bauunternehmen hingegen „gar nicht“. Dies hängt offensichtlich mit den unterschiedlich großen Marktanteilen zusammen.

Frage 15. Bezugnehmend auf die vorangegangene Frage 14 wird nun erfragt, welche Analysen und Untersuchungen vorbereitet werden, um allfälligen Nachfragen bezüglich der Zulässigkeit begegnen zu können. Das größere sowie das mittlere Unternehmen verwenden dafür Checklisten.

Frage 16. Parallel zur obigen Frage 15 sind auch die Antworten zur Frage nach einem Spezialisten für das Kartellrecht im Unternehmen ausgefallen, denn sowohl das große als auch das mittlere Unternehmen verfügen über einen solchen Profi.

Frage 17. Beim mittleren und beim großen befragten Bauunternehmen gab es im Gegensatz zum kleineren bereits Situationen, wo man aufgrund der selbständigen wettbewerbsrechtlichen Beurteilung nach dem Kartellrecht eine Wettbewerbsbeschränkung erzielt hätte und deswegen von einer BIEGE-Bildung wieder abgesehen hat.

Frage 18. Der Mehraufwand (gemeinsame Angebotslegung, Bestimmungen des Kartellrechts, etc.) bei der BIEGE-Bildung ist auf jeden Fall kein Hinderungsgrund, die Bietergemeinschaft nicht zustande kommen zu lassen. Dieser Meinung sind alle drei Befragten.

Frage 19. Von den drei Unternehmen hat lediglich eines, nämlich das größte, jemals eine Beschwerde gegenüber einer anderen Arbeitsgemeinschaft aufgrund eines Verdachts auf Wettbewerbsbeschränkung eingereicht.

Frage 20. Einstimmig konnten die Interviewpartner mit „nein“ antworten, als sie gefragt wurden, ob schon jemals eine Beschwerde aus Verdacht auf Wettbewerbsbeschränkung gegen eine ARGE eingereicht wurde, in der ihr Unternehmen beteiligt war.

Frage 21. Im Zuge der letzten Frage sollte der Ball zu den Interviewpartnern gespielt werden, indem eine offene Frage gestellt wurde. Dabei war zu beantworten, ob und v. a. welche Wünsche, Anregungen, Verbesserungsvorschläge es gibt, um BIEGEN/ARGEN effizienter, reibungsloser, konfliktfreier, wirtschaftlicher oder dergleichen abwickeln zu können. Ein Wunsch an die Politik wäre es, die Freistellungsverordnung für Arbeitsgemeinschaften wieder zu erlangen, denn die *„Maschen werden ja immer enger gezogen!“* Ein weiterer Wunsch wäre eine Sonderstellung der Arbeitsgemeinschaften im Insolvenzrecht. *„Gerade in Bezug auf das Kartellrecht wäre es wünschenswert, mehr Rechtssicherheit zu schaffen, damit man sich die Unsicherheit bei Grenzfällen ersparen kann.“* *„Grundsätzlich aber sind Arbeitsgemeinschaften ein jahrelang eingespieltes funktionierendes System.“* Am Ende der Gespräche wurde noch von allen drei Interviewpartnern auf die derzeitige äußerst bedenkliche Preissituation am österreichischen

Baumarkt aufmerksam gemacht. Gründe werden dabei im Ausschreibungssystem genannt, wo Billigstbieter den Zuschlag mit Unterpreisen erhalten und dann während der Ausführung mithilfe des Claim Managements alles versuchen müssen, um eine „schwarze Null“ zu erreichen. *„Es soll auch legitim sein, Geld zu verdienen.“* Dass eine solche Entwicklung der Baubranche schadet, ist wohl selbsterklärend.

10.2 Auswertung der Auftraggeber-Interviews

Bei den interviewten Auftraggebern handelt es sich bei allen drei Kandidaten um öffentliche Auftraggeber, die ebenfalls wie die befragten Auftragnehmer zu den Größten in Österreich zählen. Die Anzahl der Mitarbeiter der betreffenden Unternehmensbereiche für Bautätigkeiten ist bei AG 2 und AG 3 ungefähr gleich. Die Mitarbeiteranzahl von AG 1 beträgt in etwa ein Drittel der beiden anderen Auftraggeber.

Nach dem Hinweis im Kapitel „9.1 Zusammenwirken der wesentlichen wettbewerbsregelnden Komponenten“ soll hiermit nochmals darauf hingewiesen werden, dass Bauarbeitsgemeinschaften hinsichtlich des Kartellrechts nicht nur bei öffentlich, sondern auch bei privat ausgeschriebenen Projekten wettbewerbsrechtlich beurteilt werden müssen. Dementsprechend wurden für die Interviews nicht gesondert öffentliche Auftraggeber ausgewählt, um in das Anwendungsgebiet des Kartellrechts zu fallen.

Frage 22. Auch den Auftraggebern wurde die Frage nach deren Erfahrungen mit Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften gestellt, worauf diese von „neutral“ bis „positiv“ geantwortet haben. Als Gründe dieser grundsätzlich positiven Einstellung wurden das mit der Solidarhaftung verbundene Insolvenzrisiko, die dadurch erzielte Vertragssicherheit, die verstärkte Leistungsbereitschaft und auch die technische höhere Leistungsfähigkeit erwähnt. Als eher negativ wurden die mögliche Einschränkung des Marktes durch Bieterreduktion und die weitere Einschnürung von ohnehin schon engen Märkten erachtet.

Frage 23. Einheitlich wurde die Frage mit „neutral“ beantwortet, ob aus der Sicht des Auftraggebers eher Bietergemeinschaften oder Einzelunternehmen als Bestbieter den Zuschlag erhalten sollen, wenn man es sich aussuchen könnte. Für einen Auftraggeber ist dies irrelevant, da der günstigste Preis wichtiger ist. Ein anderes Unternehmen würde am liebsten eine Mischform des Bieters haben, nämlich ein Einzelunternehmen bis zur Vergabe und danach eine Arbeitsgemeinschaft. Dass das nur Illusion und rechtlich nicht möglich ist, war auch dem Interviewpartner bewusst. Trotzdem würde der Bieterkreis durch Zusammenschlüsse nicht reduziert werden und während der Projektabwicklung können alle ARGE-spezifischen Vorteile ausgekostet werden.

Frage 24. Die Entwicklung der Häufigkeit der Bietergemeinschaftsbildungen in den letzten Jahren war gemäß den Aussagen der Interviewpartner eher rückläufig bis gleichbleibend. Als möglicher Grund für die rückläufige Entwicklung wurde eine sukzessive Marktbereinigung erwähnt. Da in den letzten Jahren einige Bauunternehmen insolvent oder von anderen größeren Firmen aufgekauft wurden, wurde die Anzahl der Bieter kleiner, die großen Unternehmen durch die erwähnten Firmenaufkäufe noch größer und von Arbeitsgemeinschaften immer unabhängiger.

Frage 25. Auftraggeber 1 und 2, welche eine rückläufige Entwicklung der BIEGE-Bildungen in den letzten Jahren angaben, sehen die diesbezügliche Ursache nicht in der Verschärfung des Kartellrechts, sondern wiesen eher auf den in Frage 24 bereits geschilderten Grund hin.

Frage 26. Wenn es nach den Meinungen der Befragten geht, dann wird die Entwicklung der Bietergemeinschaftsgründungen in den nächsten Jahren eher gleichbleibend bis zurückgehend verlaufen.

Frage 27. Auch von den Auftraggebern sollte erfahren werden, ob ihrer Erfahrung nach die Erfolgsquote von Bietergemeinschaften größer ist als von Einzelunternehmen. Zwei von drei Interviewpartnern sehen die Erfolgsquote von ARGEN im Gegensatz zu Einzelunternehmen größer, und bestätigen dabei die Auswertung des Gutachtens von Gugler (2010, S. 13). Als Wettbewerbsvorteile für Auftragnehmer wurden Synergieeffekte sowie der reduzierte Bieterkreis und der daraus folgende sinkende Wettbewerbsdruck genannt. Die Begründung des einen Auftraggebers, der die Erfolgsquote einer ARGE nicht größer als jene eines Einzelunternehmens abschätzt, liegt in den Abstimmungsmühen. Damit ist einerseits gemeint, dass Arbeitnehmer manche Preise nach Abstimmung mit den Partnerfirmen als Einzelunternehmer gar nicht abgegeben hätten und andererseits, dass es immer darauf ankommt, wie risikofreudig die beteiligten Partnerunternehmen gegenüber dem Einzelunternehmen sind. Treffen im Zuge einer Angebotsbearbeitung als Bietergemeinschaft zwei Partnerfirmen aufeinander, die unterschiedliche Risikoansichten haben, ist die Erfolgchance gegenüber einem risikoreichen Einzelunternehmer geringer. Dafür aber ist die Erfolgsquote einer Arbeitsgemeinschaft umso größer, wenn alle beteiligten Unternehmen risikofreudig sind. Der betreffende Interviewpartner deutete bei den Erklärungen auf eine gewisse Risikoschere hin, die die Konstellationen von risikofreudigen und risikoängstlichen Partnerfirmen umfasst.

Frage 28. Zwei von drei Auftraggebern sind der Meinung, dass Bietergemeinschaften den Wettbewerb nicht negativ beeinträchtigen. Der dritte Auftraggeber antwortete mit „neutral“. Somit widerspiegeln diese Antworten die Ergebnisse des Gugler-Gutachtens (2010, S. 10), worin es heißt, dass die Verteilung der Anzahl der unabhängigen Bieter in jenen Stichproben

sehr ähnlich ist, in welchen ARGEN teilnehmen und in welchen keine ARGEN teilnehmen. Zudem ist auch die Anzahl der unabhängigen Bieter aus statistischer Sicht nicht unterschiedlich, was eine Nicht-Beschränkung des Wettbewerbs durch Arbeitsgemeinschaften zeigt. Die Begründung der „ja“-Antwort war, dass Bietergemeinschaften durch Zusammenschlüsse den Bieterkreis reduzieren und dadurch einen gewissen Wettbewerbsvorteil erlangen. Andererseits, und das waren die Argumente der „nein“-Antworten, können auch einzelne kleine Unternehmen durch die Möglichkeit eines Zusammenschlusses am Wettbewerb teilnehmen, was einer Markterschließung entsprechen würde. Um einer Wettbewerbsbeeinträchtigung durch Bietergemeinschaften bei manchen Projekten entgegenzuwirken, weil zu wenige Bieter erwartet werden, werden bereits in der Ausschreibung Schranken festgelegt, welche einer Beschreibung der Höchstanzahl von Partnerfirmen je Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft gleichkommen.

Frage 29. Nach den Auftragnehmern sollte nun auch an die Auftraggeber die Frage gestellt werden, ob es schon einmal zu Differenzen mit ARGE-Partnern während der Projektabwicklung gekommen ist. Zwei Drittel der Befragten antworteten mit „nein“ währenddessen sich einer mit „ja“ äußerte. Dabei ging es darum, dass die Arbeitsgemeinschaft im Zuge der Projektabwicklung kurzzeitig wie zwei verschiedene Unternehmen gearbeitet hat. Nach der Aufforderung des AG 3 als Arbeitsgemeinschaft wieder gemeinsam zu arbeiten und nach kurzzeitig höherem Koordinierungsaufwand war das Problem gelöst.

Frage 30. Allen Interviewpartnern ist bewusst, dass Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen.

Frage 31. Wenn es nach der abermals einheitlichen Meinung der befragten Auftraggeber geht, dann wäre es sinnvoll, das Kartellrecht über alle Branchen zu legen.

Frage 32. Bei der Frage, wie eine weitere Verschärfung des Kartellrechts empfunden wird, waren sich die Befragten aber nicht mehr einig, denn zwei davon fänden sie „schlecht“. *„Es wird dann zu mühsam werden.“* *„So wie es ist, passt es.“* Zudem äußerte sich einer der beiden dahingehend dazu, dass eine Kontrolle der Einhaltung des derzeitigen Regelwerks besser sei als eine zusätzliche Verschärfung, die dann vielleicht nicht weiter überprüft wird. *„Dabei ist eine taffe Kontrollbehörde der Schlüssel zum Erfolg, nicht eine Verschärfung.“* Einer der Auftraggeber würde diesen Vorschlag nach einer Kartellrechtsverschärfung allerdings für „gut“ befinden.

Frage 33. Das gleiche Ergebnis wie in Frage 32 stellt sich bei dieser Frage ein. Ebenfalls wird erwähnt, dass die Hebel nicht bei einer Verschärfung, sondern einer strengeren

Kontrolle und Exekution angesetzt werden sollen. Ebenfalls wird wieder angedeutet, dass die bestehende Rechtslage ausreichend ist.

Frage 34. Diese Frage soll untersuchen, wie sehr Auftraggeber bei der Ausschreibung auf kartellrechtliche Bestimmungen achten. Das Ergebnis hätte hier nicht unterschiedlicher sein können. Ein Auftraggeber schreibt eher in Baulosen bzw. mittleren abgrenzbaren Bauabschnitten aus, um das Projektvolumen nicht zu groß werden und dadurch keine Marktbeschränkung entstehen zu lassen. Für einen anderen Auftraggeber ist der Wettbewerbspreis eher von Bedeutung und er achtet bei der Ausschreibung wenig auf kartellrechtliche Bestimmungen, denn für dessen Einhaltung sind ohnehin die Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften selbst verantwortlich.

Frage 35. In allen Unternehmen gibt es Spezialisten, die mit der Thematik des Kartellrechts betraut sind.

Frage 36. Mit der letzten Frage des Gesprächs soll auch den Auftraggebern mit einer offenen Frage das letzte Wort gegeben werden und nach Wünschen, Anregungen, Verbesserungsvorschlägen für effizientere, reibungslosere, konfliktfreiere und wirtschaftlichere Bieter- und Arbeitsgemeinschaften gefragt werden. Bezüglich des Gewährleistungsmanagements gibt es manchmal Unstimmigkeiten und zögerliche Aktivitäten seitens der Partnerfirmen. Ein Wunsch eines Auftraggebers wäre es, dass ARGE-Partner nicht nur bis zur Schlussrechnung, sondern auch in der Gewährleistungsphase ihre Pflichten rasch erfüllen. Ansonsten hat die Zusammenarbeit dieses Auftraggebers mit Arbeitsgemeinschaften anstandslos funktioniert. Ein anderer Auftraggeber wünschte sich mehr Mut der Mittel- und Kleinbetriebe in der Entscheidung, ob überhaupt eine Arbeitsgemeinschaft benötigt wird und wenn ja, ob nicht auch als Partner andere Mittel- und Kleinbetriebe ausreichen. Zudem sind stille ARGEN zu überdenken, denn man möchte als Auftraggeber nicht gegenüber einem Scheinauftragnehmer sitzen. Außerdem sollte bei Verdacht auf wettbewerbswidrige Bieterabsprachen und verursachte Wettbewerbsbeschränkungen öfters Anzeige bei der Bundeswettbewerbsbehörde erstattet werden, wodurch die Unternehmen endlich aufwachen und aufmerksam werden. Wie auch schon mit den Auftragnehmern diskutiert, weist ein Auftraggeber auf die derzeitigen nahezu selbstzerstörerischen Preise in der Bauwirtschaft hin. Solche „*Tieffliegerpreise*“ erfordern knallhartes Claim Management, mit dem dann wieder *„jede Laus im Vertrag gesucht wird, um auf sein Entgelt zu kommen, weil man mit nicht kostendeckenden Preisen in die Ausschreibung geht und dann mit aller Gewalt ums Geld raufen muss“*. *„Die Bauwirtschaft muss erst lernen mit so einem Wettbewerb umzugehen.“*

10.3 Auswertung der für Auftragnehmer und Auftraggeber gleichen Fragestellungen

Dadurch, dass zwölf Fragen wortgleich sowohl an die Auftragnehmer als auch an die Auftraggeber gestellt wurden, können diese aus zwei verschiedenen Blickwinkeln betrachtet werden. In diesem Kapitel sollen diese Fragen miteinander verglichen werden und durch eine Auswertung mögliche unterschiedliche Ansichten und Meinungen hinsichtlich Bieter- als auch Arbeitsgemeinschaften eruiert werden.

Die tabellarische Auswertung dieser „gleichen Fragen“ befindet sich im Anhang in Tabelle 4 auf Seite 142.

Frage 1/22. Aus den Interviews geht eindeutig hervor, dass die Mehrheit der Befragten bislang positive Erfahrungen mit Bieter- und Arbeitsgemeinschaften haben. 2 Auftraggeber stehen den BIEGEN und ARGEN neutral gegenüber.

Frage 4/24. Nach den persönlichen Erfahrungen in den letzten Jahren haben fünf der Befragten auf eine rückläufige Entwicklung der Häufigkeit von Bietergemeinschaftsbildungen hingewiesen. Ein Auftraggeber findet, dass die erwähnte Entwicklung in den letzten Jahren gleichmäßig verlief.

Frage 5/25. Dass die zuvor erwähnte rückläufige Entwicklung von BIEGE-Bildungen nicht auf eine Verschärfung des Kartellrechts zurückzuführen ist, glauben fast alle Interviewpartner. Lediglich der größte Auftragnehmer findet u. a. in der Kartellrechtsverschärfung einen Grund für die rückläufige Entwicklung in seinem Unternehmen.

Frage 6/26. Gemäß den Antworten zur Frage über die zukünftige Entwicklung der Häufigkeit von Bietergemeinschaftsgründungen, wird diese eher rückläufig bis gleichbleibend sein.

Frage 7/27. Dass die Chance auf den Zuschlag von Bietergemeinschaften größer ist als jene von Einzelunternehmen glauben auch zwei Drittel der Befragten, was ebenfalls der Erkenntnis aus dem Gutachten von Gugler (2010) entspricht.

Frage 9/29. Ob es schon einmal zu Differenzen zwischen den Partnerfirmen während der Projektabwicklung gekommen ist, wurde zu gleichen Anteilen mit „ja“ und „nein“ beantwortet. Untersucht man das Ergebnis aber genauer, ist festzustellen, dass der Eindruck der Auftraggeber eher so ist, als gäbe es keine Differenzen. Sehr wohl treten nach Auskunft der

Bauunternehmen innerhalb von Arbeitsgemeinschaften Konflikte auf, die aber nach außen hin nicht ausgetragen werden.

Frage 10/30. Grundsätzlich ist fast allen Befragten bewusst, dass Bieter- als auch Arbeitsgemeinschaften unter den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen. Der Grund über die Unbewusstheit des kleinen Auftragnehmers liegt vermutlich daran, dass v. a. wegen der Marktanteile eine Wettbewerbsbeschränkung höchstwahrscheinlich nicht eintreten wird, was allerdings im Einzelfall stets zu prüfen ist.

Frage 11/31. Die Mehrheit (zwei Drittel) der Interviewpartner findet es sinnvoll, das Kartellrecht über alle Branchen zu legen.

Frage 12/32. Eine Kartellrechtsverschärfung für die Gesamtwirtschaft wird mehrheitlich als schlecht empfunden.

Frage 13/33. Ebenso würde man eine Verschärfung des Kartellrechts für das bauausführende Gewerbe nicht begrüßen.

Frage 16/35. Der Großteil der befragten Unternehmen verfügt über einen Spezialisten, der mit der Thematik des Kartellrechts betraut ist.

Frage 21/36. Die abschließende offene Frage haben alle Interviewpartner ausführlich beantwortet und zusätzlich haben sie diese Arbeit als Plattform genutzt, um auf die derzeitige verheerende Preisentwicklung in der Bauwirtschaft aufmerksam zu machen.

11 LITERATURVERZEICHNIS

Bücher, Gutachten, Zeitschriftenartikel, Kommentare, etc.

FRIEDERISZICK, Hans Wolfgang: Marktabgrenzung und Marktmacht, 2005

GUGLER, Klaus: Wissenschaftliches Gutachten zu den ökonomischen Auswirkungen von Bau-Arbeitsgemeinschaften in Österreich, Gutachten im Auftrag der Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs, 2010

GUGLER, Klaus: Ökonomischen Auswirkungen von Bau-Arbeitsgemeinschaften in Österreich - Kurzfassung, Gutachten im Auftrag der Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs, 2010

HOFFER, Raoul; BARBIST Johannes: Das neue Kartellrecht, 2. Auflage, Wien: LexisNexis-Verlag ARD Orac, 2005

HOFFER, Raoul; BARBIST Johannes: Das neue Kartellrecht, 2. Auflage, Wien: LexisNexis-Verlag ARD Orac, 2013

HOFFER, Raoul: Kartellgesetz Kommentar, Wien: LexisNexis-Verlag ARD Orac, 2007

HOFFSTADT, Hans Joachim; OLZEM, Oliver: Abwicklung von Bauvorhaben, 7., überarbeitete Auflage, Köln: Verlagsgesellschaft Rudolf Müller, 2012

JODL, Georg: Studienblätter zur Vorlesung Einrichtung und Betrieb von Baustellen, Technische Universität Wien, 2012

KROPIK, Andreas; PRESTROS, Livia: Checkliste zur Bewertung der Notwendigkeit einer ARGE-Bildung aus einzelbetrieblicher Sicht, Gutachten im Auftrag der Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs, 2006

KROPIK, Andreas; STEINBAUER, Magdalena: Skriptum zum Seminar Vergabemanagement, Technische Universität Wien, 2012

KURBOS, Rainer: Aus für Bau-ARGEN?. bau aktuell - Wien, 3. Jg., 2012, Nr. 2 (März), S. 76

REIDLINGER, Axel; HARTUNG, Isabella: Das österreichische Kartellrecht – Ein Handbuch für Praktiker, 2. Auflage, Wien: Linde Verlag, 2008

SCHNEIDER, E.; WOLLMANN, H.: Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft: Kartell-, vergaberechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte, Gutachten im Auftrag der Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs, 2006

STEINBACH, Hanna: Die Bieter- und Arbeitsgemeinschaft des Baugewerbes aus kartell- und vergaberechtlicher Sicht, Dissertation Universität Wien, 2009

VEREINIGUNG INDUSTRIELLER BAUUNTERNEHMUNGEN ÖSTERREICHS: Handbuch für Bau-Arbeitsgemeinschaften, 2. Auflage, Wien, 2005

WOLLMANN, Hanno: Arbeitsgemeinschaften und Kartellrecht. Bau aktuell – Wien, 3. Jg., 2012, Nr. 1 (Jänner), S. 8

Verordnungen, Bekanntmachungen, Leitlinien, Gesetze, Normen, Verträge

13. Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005, das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 geändert werden (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 – KaWeRÄG 2012), BGBl I 13/2013

Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), BGBl I 61/2005

EUROPÄISCHER RAT: Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1/1 vom 4.1.2003

EUROPÄISCHER RAT: Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 24/1 vom 29.1.2004

EUROPÄISCHER RAT: Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82, Abl. 013 vom 21.2.1962

FACHVERBAND DER BAUINDUSTRIE: Arbeitsgemeinschaftsvertrag, Auflage 2008, Wien, 2008

FACHVERBAND DER BAUINDUSTRIE: Arbeitsgemeinschafts-Vorvertrag, Auflage 2008, Wien, 2008

FACHVERBAND DER BAUINDUSTRIE: Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschafts-Verträge, Auflage 2008, Wien: Robitschek & Co, 2008

KAMMER DER ARCHITEKTEN UND INGENIEURKONSULENTEN FÜR WIEN, NIEDERÖSTERREICH UND BURGENLAND: Honorarleitlinie Projektsteuerung (HO-PS), 1.12.2004

KOMMISSION: Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, ABI. C 308/06 vom 20.10.2011

KOMMISSION: Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI. C 372 vom 09.12.1997

KOMMISSION: Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABI. C 368/07 vom 22.12.2001

KOMMISSION: Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI. C 11/1 vom 14.1.2011

KOMMISSION: Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABI. C 101/08 vom 27.4.2004

KOMMISSION: Verordnung (EG) Nr. 622/2008 der Kommission vom 30. Juni 2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen, ABI. L 171/3 vom 1.7.2008

KOMMISSION: Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7.4.2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABI. L 123/18 vom 27.4.2004

ÖSTERREICHISCHES NORMUNGSINSTITUT (ON): ÖNORM B 2110:2009, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen, Ausgabe: 01.01.2009

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABI. C 326/01 vom 26.10.2012

Online-Quellen (Elektronische Artikel)

Anwendung der Artikel 101 und 102 EAUV (vormals Artikel 81 und 82 EG-Vertrag), http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26092_de.htm, 06.06.2013

Arbeitsgemeinschaft (ARGE), <http://www.bauprofessor.de/Arbeitsgemeinschaft%20%28ARGE%29/d0b84842-eeb8-4e38-83d6-c02428cbbc1c>, 25.04.2013

Beschwerdewege eines Unternehmers gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie Kontaktadressen der Wettbewerbsbehörden, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AnglID=1&StID=432330&DstID=0, 12.07.2013.

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl I 17/2006

Definition des relevanten Marktes, http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26073_de.htm, 11.06.2013

Die De-minimis-Bekanntmachung: Freistellung für Vereinbarungen von geringer Bedeutung, http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26072_de.htm, 13.06.2013.

FUSSENEGGER, Gerhard; ABLASSER-NEUHUBER, Astrid: Recht.Extrajournal.Net, Dossier: Bringt die Kartellgesetz-Novelle den Unternehmen Vorteile oder Nachteile?. <http://recht.extrajournal.net/2013/03/28/recht-extrajournal-net-dossier-bringt-die-kartellgesetz-novelle-den-unternehmen-vorteile-oder-nachteile-29917/>. 13.06.2013

Karte der EU-Mitgliedstaaten, http://europa.eu/about-eu/countries/index_de.htm, 01.07.2013.

Leitlinien für die Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26062_de.htm, 06.06.2013

Marktabgrenzung und Marktmacht, <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/marktabgrenzung.pdf>, 01.07.2013.

Neues Kartellgesetz beschlossen. <http://rechtsfreund.at/kartellrecht.htm>. 25.04.2013

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. <http://aeuv.de/>, 13.06.2013

Wettbewerb, http://europa.eu/pol/comp/index_de.htm, 12.07.2013

WKO: Arge-Vertrag und Geschäftsordnung 2008 – Die wichtigsten Neuerungen im Überblick,

portal.wko.at/wk/dok_detail_file.wk?angid=1&docid=844450&stid=396466&dstid=131,

19.08.2013

WKO: Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren,

portal.wko.at/wk/dok_detail_file.wk?angid=1&docid=944022&conid=412230&stid=440374,

19.08.2013

12 ABBILDUNGSVERZEICHNIS

Abbildung 1: Merkmale einer Arbeitsgemeinschaft	4
Abbildung 2: Schema einer Beistellungs-ARGE	5
Abbildung 3: Schema einer Dach-ARGE	6
Abbildung 4: Überblick über die Projektphasen inklusive Detailgliederung.....	13
Abbildung 5: Projektphase – Projektvorbereitung	14
Abbildung 6: Projektphase – Planung und Genehmigung.....	15
Abbildung 7: Projektphase – Ausführungsvorbereitung	17
Abbildung 8: Ablauf der Untersuchung einer betriebswirtschaftlich notwendigen ARGE- Bildung	21
Abbildung 9: Gremien (Organe) einer ARGE	22
Abbildung 10: Vergabeverfahren von Subunternehmerleistungen.....	30
Abbildung 11: Verwendung von eingehenden Geldern aufgrund verrechneter Leistungen ...	31
Abbildung 12: Projektphase – Ausführung	32
Abbildung 13: Projektphase – Projektabschluss	35
Abbildung 14: Projektphase – Nutzung	37
Abbildung 15: Zusammenwirken der wesentlichen wettbewerbsregelnden Komponenten ...	41
Abbildung 16: Beschwerdewege eines Unternehmers gegen Wettbewerbsbeschränkungen	44
Abbildung 17: Mitgliedstaaten der EU	47
Abbildung 18: Wesentlicher Inhalt der VO 1/2003	51
Abbildung 19: Wesentlicher Inhalt der VO 773/2004	59
Abbildung 20: Durchführung der Anhörung (Art 14).....	63
Abbildung 21: Ablaufabfolge einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung gemäß Art 101 AEUV	69
Abbildung 22: Analyse zur Definition des relevanten Marktes	78
Abbildung 23: Voraussetzungen für die Erfüllung der Ausnahmeregelung in Abs 3.....	82
Abbildung 24: Wichtige Quellen von Kosteneinsparungen	84
Abbildung 25: Auslegung von Angemessenheit.....	90
Abbildung 26: Ablauf der Interviews.....	111
Abbildung 27: Formblatt C.....	130

13 TABELLENVERZEICHNIS

Tabelle 1: Beschreibung der Abkürzungen in Abbildung 15	42
Tabelle 2: Praktisch wortgleiche Gemeinsamkeiten von österreichischem und europäischem Kartellrecht	100
Tabelle 3: Ergebnisse der Interviews – Einzelfragen	141
Tabelle 4: Ergebnisse der Interviews – gleiche Fragen für AN und AG	142

ANHANG

A Formblatt C

L 123/24

DE

Amtsblatt der Europäischen Union

27.4.2004

ANHANG

FORMBLATT C

BESCHWERDE GEMÄß ARTIKEL 7 DER VERORDNUNG (EG) NR. 1/2003

I. Angaben zum Beschwerdeführer und zu dem/den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die den Anlass der Beschwerde bilden

1. Geben Sie die vollständigen Personalien der natürlichen Person bzw. die vollständige Bezeichnung und Anschrift der juristischen Person an, die die Beschwerde erhebt. Handelt es sich bei dem Beschwerdeführer um ein Unternehmen, geben Sie die Unternehmensgruppe an, zu der das Unternehmen gehört, und beschreiben Sie kurz Art und Umfang seiner Geschäftstätigkeiten. Geben Sie eine Kontaktperson an (Telefonnummer, E-Mail-Adresse und Postanschrift), die weitere Auskünfte erteilen kann.
2. Geben Sie das/die Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung an, gegen dessen/deren Verhalten sich die Beschwerde richtet, einschließlich aller verfügbaren Informationen über die Unternehmensgruppe, zu der dieses/diese Unternehmen gehört/gehören, sowie Art und Umfang ihrer Geschäftstätigkeiten. Geben Sie an, in welchem Verhältnis der Beschwerdeführer zu dem/den Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung steht, gegen das/die sich die Beschwerde richtet (z. B. Kunde, Wettbewerber).

II. Angaben zu der mutmaßlichen Zuwiderhandlung und Beweismittel

3. Geben Sie eine ausführliche Darstellung des Sachverhalts, aus dem sich Ihrer Meinung nach ergibt, dass eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 oder 82 EG-Vertrag und/oder gegen Artikel 53 oder 54 EWR-Abkommen vorliegt. Geben Sie insbesondere an, welcher Art die Produkte sind (Waren oder Dienstleistungen), die von der mutmaßlichen Zuwiderhandlung betroffen sind, und erläutern Sie die diese Produkte betreffenden Handelsbeziehungen. Legen Sie alle verfügbaren Angaben über Vereinbarungen oder Verhaltensweisen von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen vor, auf die sich die Beschwerde bezieht. Geben Sie nach Möglichkeit die Marktstellung der von dieser Beschwerde betroffenen Unternehmen an.
4. Legen Sie alle Ihnen vorliegenden Unterlagen vor, die sich auf den in der Beschwerde dargestellten Sachverhalt beziehen oder mit ihm in Verbindung stehen (z. B. Texte von Vereinbarungen, Verhandlungs- oder Sitzungsprotokolle, Geschäftsbedingungen, Geschäftsunterlagen, Rundschreiben, Korrespondenz, Notizen von Telefongesprächen). Geben Sie Name und Anschrift der Personen an, die den in der Beschwerde dargestellten Sachverhalt bezeugen können, insbesondere auch der Personen, die von der behaupteten Zuwiderhandlung betroffen sind. Legen Sie Statistiken oder andere verfügbare Daten vor, die sich auf den dargestellten Sachverhalt beziehen, insbesondere wenn sie Aufschluss über Marktentwicklungen geben (z. B. Informationen über Preise und Preisendenzen, Marktzutrittschranken für neue Anbieter usw.).
5. Geben Sie nach Ihrer Einschätzung den räumlichen Einzugsbereich der mutmaßlichen Zuwiderhandlung an und erläutern Sie, soweit dies nicht offensichtlich ist, in welchem Umfang der Handel zwischen den Mitgliedstaaten oder zwischen der Gemeinschaft und den EFTA-Mitgliedstaaten, die dem EWR-Abkommen beigetreten sind, durch das beanstandete Verhalten beeinträchtigt werden kann.

III. Ziel der Beschwerde und berechtigtes Interesse

6. Erläutern Sie, welche Ziele Sie mit Ihrer Beschwerde verfolgen bzw. was Sie von dem Vorgehen der Kommission erwarten.
7. Legen Sie dar, aus welchen Gründen Sie als Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse im Sinne von Artikel 7 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 geltend machen. Erläutern Sie insbesondere, in welcher Weise Sie von dem beanstandeten Verhalten betroffen sind und wie die Kommission durch ihr Tätigwerden Ihrer Ansicht nach den behaupteten Missstand beseitigen kann.

IV. Verfahren vor nationalen Wettbewerbsbehörden oder Gerichten

8. Geben Sie an, ob Sie sich in derselben Sache oder einer eng damit verbundenen anderen Sache bereits an eine andere Wettbewerbsbehörde gewandt und/oder ein Verfahren vor einem nationalen Gericht angestrengt haben. Wenn ja, geben Sie genau an, an welche Verwaltungs- oder Justizbehörde Sie sich gewandt haben und welche Eingaben Sie bei dieser Behörde gemacht haben.

Der Unterzeichnete erklärt, dass er die Angaben in dem Formblatt und in den beigefügten Anlagen nach bestem Wissen und Gewissen gemacht hat.

Datum und Unterschrift

Abbildung 27: Formblatt C

B Leitfaden für die Interviews

Leitfaden für Auftragnehmer (Bauunternehmen)

Allgemeine Daten bezogen auf den konkreten Unternehmensteil des Interviewpartners:

Mitarbeiterzahl:

Umsatz:

- ***Frage 1:*** *Wie sind Ihre persönlichen Erfahrungen mit BIEGEN/ARGEN und worauf führen Sie das zurück?*
 - Positiv
 - Negativ

- ***Frage 2:*** *In welchen Zeitintervallen hat ihr Unternehmen in den letzten Jahren BIEGEN gegründet?*
 - Regelmäßig
 - Selten
 - Nie

- ***Frage 3:*** *In welchen Bereichen wurden in den letzten Jahren die meisten BIEGEN gebildet?*
Bitte reihen Sie nachfolgende Sparten und beginnen Sie mit der Sparte der größten BIEGE-Häufigkeit.
 - Hoch- und Ingenieurbau
 - Tiefbau (Tunnel)
 - Infrastrukturbau (Wasserbau, Straßenbau, Eisenbahnbau)

- **Frage 4:** *Wie war die Entwicklung der Häufigkeit der BIEGE-Bildungen in den letzten Jahren?*
- Ansteigend
 - Gleichbleibend
 - Rückläufig
- **Frage 5:** *Falls die BIEGE-Häufigkeit in den letzten Jahren rückläufig ist: Glauben Sie, hat dies auch mit der Verschärfung des Kartellrechts in den letzten Jahren zu tun?*
- Ja
 - Nein
- **Frage 6:** *Wie wird sich Ihrer Meinung nach die Häufigkeit der BIEGE-Bildungen in Zukunft entwickeln?*
- Ansteigen
 - Gleich bleiben
 - Zurückgehen
- **Frage 7:** *Ist Ihrer Erfahrung nach die Erfolgsquote einer BIEGE größer als jene eines Einzelunternehmens und worauf führen Sie das zurück?*
- Ja
 - Nein

- **Frage 8:** *Haben Sie bei einer BIEGE-Bildung Bedenken, dass Sie Ihrem Partnerunternehmen, das ja normalerweise ein Wettbewerber ist, wertvolles Know-How, kostbare Erfahrung, etc. durch die Zusammenarbeit in einer ARGE übertragen und es damit für zukünftige Projekte zu einer noch stärkeren Konkurrenz machen?*
- Ja
 - Nein
- **Frage 9:** *Kam es schon einmal zu Differenzen mit ARGE-Partnern während der Projektabwicklung? Wenn ja, welche Art von Differenzen waren das und wie wurden sie gelöst?*
- Ja
 - Nein
- **Frage 10:** *Ist Ihnen bewusst, dass BIEGEN/ARGEN unter das Kartellrecht fallen?*
- Ja
 - Nein
- **Frage 11:** *Ist es Ihrer Meinung nach sinnvoll, das Kartellrecht über alle Branchen zu legen?*
- Ja
 - nein
- **Frage 12:** *Wie finden Sie eine Verschärfung des Kartellrechts für die Gesamtwirtschaft?*
- Gut
 - Schlecht
 - Egal

- **Frage 13:** *Wie finden Sie eine Verschärfung des Kartellrechts für das bauausführende Gewerbe?*
- Gut
 - Schlecht
 - Egal
- **Frage 14:** *Wie sehr wird bei der Partnerauswahl bzw. in der Angebotsbearbeitung auf die Einhaltung des Kartellrechts geachtet?*
- Sehr
 - Mittel
 - Wenig
 - Gar nicht
- **Frage 15:** *Welche Analysen und Untersuchungen bereiten sie vor, um allfälligen Nachfragen bezüglich der Zulässigkeit begegnen zu können?*
- **Frage 16:** *Gibt es in Ihrem Unternehmen Spezialisten, die mit der Thematik des Kartellrechts betraut sind?*
- Ja
 - Nein
- **Frage 17:** *Gab es bereits die Situation, wo Sie ursprünglich mit einem anderen Unternehmen eine BIEGE gründen wollten, aber aufgrund einer selbständigen wettbewerbsrechtlichen Beurteilung nach dem Kartellrecht eine Wettbewerbsbeschränkung erzielt hätten und somit von einer BIEGE-Bildung wieder abgesehen haben?*
- Ja
 - Nein

- **Frage 18:** *Ist der Aufwand einer BIEGE-Bildung durch die Erschwernis der gemeinsamen Angebotslegung, durch die Bestimmungen des Kartellrechts, etc. so groß, dass sich der Aufwand bei manchen Projekten oft schon gar nicht mehr lohnt und man eher versucht, als Einzelunternehmen anzubieten?*
- Ja
 - Nein
- **Frage 19:** *Hat Ihr Unternehmen schon einmal eine Beschwerde gegenüber einer anderen ARGE eingereicht, weil Verdacht auf Wettbewerbsbeschränkung bestand?*
- Ja
 - Nein
- **Frage 20:** *Wurde schon einmal gegenüber einer ARGE, in der Ihr Unternehmen beteiligt war, eine Beschwerde aus Verdacht auf Wettbewerbsbeschränkung eingereicht?*
- Ja
 - Nein
- **Frage 21:** *Gibt es Wünsche, Anregungen, Verbesserungsvorschläge, um BIEGEN/ARGEN effizienter, reibungsloser, konfliktfreier, wirtschaftlicher oder dergleichen abwickeln zu können? Wenn ja, welche wären das?*
- Ja
 - Nein

Leitfaden für Auftraggeber (Bauherrn)

Allgemeine Daten bezogen auf den konkreten Unternehmensteil des Interviewpartners:

Mitarbeiterzahl:

Umsatz:

- **Frage 22:** *Wie sind Ihre Erfahrungen mit BIEGEN/ARGEN und worauf führen Sie das zurück?*
 - Positiv
 - Negativ

- **Frage 23:** *Haben Sie lieber BIEGEN oder Einzelunternehmen als Bestbieter und worauf führen Sie das zurück?*
 - BIEGEN
 - Einzelunternehmen

- **Frage 24:** *Wie war die Entwicklung der Häufigkeit der BIEGE-Bildungen in den letzten Jahren?*
 - Ansteigend
 - Gleichbleibend
 - Rückläufig

- **Frage 25:** *Falls die BIEGE-Häufigkeit in den letzten Jahren rückläufig ist: Glauben Sie, hat dies auch mit der Verschärfung des Kartellrechts in den letzten Jahren zu tun?*
 - Ja
 - Nein

- **Frage 26:** *Wie wird sich Ihrer Meinung nach die Häufigkeit der BIEGE-Bildungen in Zukunft entwickeln?*
- Ansteigen
 - Gleich bleiben
 - Zurückgehen
- **Frage 27:** *Ist Ihrer Erfahrung nach die Erfolgsquote einer BIEGE größer als jene eines Einzelunternehmens und worauf führen Sie das zurück?*
- Ja
 - Nein
- **Frage 28:** *Glauben Sie, dass der Wettbewerb durch BIEGEN negativ beeinträchtigt wird und warum?*
- Ja
 - Nein
- **Frage 29:** *Kam es schon einmal zu Differenzen mit ARGE-Partnern während der Projektabwicklung? Wenn ja, welche Art von Differenzen waren das und wie wurden sie gelöst?*
- Ja
 - Nein
- **Frage 30:** *Ist Ihnen bewusst, dass BIEGEN/ARGEN unter das Kartellrecht fallen?*
- Ja
 - Nein

-
- **Frage 31:** *Ist es Ihrer Meinung nach sinnvoll, das Kartellrecht über alle Branchen zu legen?*
- Ja
 - nein
- **Frage 32:** *Wie finden Sie eine Verschärfung des Kartellrechts für die Gesamtwirtschaft?*
- Gut
 - Schlecht
 - Egal
- **Frage 33:** *Wie finden Sie eine Verschärfung des Kartellrechts für das bauausführende Gewerbe?*
- Gut
 - Schlecht
 - Egal
- **Frage 34:** *Wie sehr achtet Ihr Unternehmen bei der Ausschreibung auf kartellrechtliche Bestimmungen?*
- Sehr
 - Mittel
 - Wenig
 - Gar nicht
- **Frage 35:** *Gibt es in Ihrem Unternehmen Spezialisten, die mit der Thematik des Kartellrechts betraut sind?*
- Ja
 - Nein

➤ **Frage 36:** *Gibt es Wünsche, Anregungen, Verbesserungsvorschläge, um BIEGEN/ARGEN effizienter, reibungsloser, konfliktfreier, wirtschaftlicher oder dergleichen abwickeln zu können? Wenn ja, welche wären das?*

- Ja
- Nein

C Ergebnisse der Interviews

Frage	Antworten	Σ	AN 1	AN 2	AN 3	AG 1	AG 2	AG 3
1	positiv	3	x	x	x			
	negativ	0						
2	regelmäßig	3	x	x	x			
	selten	0						
	nie	0						
3	Hoch- und Ingenieurbau		1.	3.	2.			
	Tiefbau		3.	1.	1.			
	Infrastrukturbau		1.	1.	3.			
4	ansteigend	0						
	gleichbleibend	0						
	rückläufig	3	x	x	x			
5	ja	1		x				
	nein	2	x		x			
6	ansteigend	0						
	gleich bleiben	0						
	zurückgehen	3	x	x	x			
7	ja	2		x	x			
	nein	1	x					
8	ja	3	x	x	x			
	nein	0						
9	ja	2		x	x			
	nein	1	x					
10	ja	2		x	x			
	nein	1	x					
11	ja	1		x				
	nein	2	x		x			
12	gut	1		x				
	schlecht	2		x	x			
	egal	1	x					
13	gut	0						
	schlecht	2		x	x			
	egal	1	x					
14	sehr	2		x	x			
	mittel	0						
	wenig	0						
	gar nicht	1	x					
15	(offene Frage)							
16	ja	2		x	x			
	nein	1	x					
17	ja	2		x	x			
	nein	1	x					

18	ja	0								
	nein	3	x	x	x					
19	ja	1		x						
	nein	2	x		x					
20	ja	0								
	nein	3	x	x	x					
21	ja	3	x	x	x					
	nein	0								
22	positiv	3						x	x	x
	negativ	2						x	x	
23	BIEGEN	3					x	x	x	
	Einzelunternehmen	3					x	x	x	
24	ansteigend	0								
	gleichbleibend	1							x	
	rückläufig	2					x	x		
25	ja	0								
	nein	2					x	x		
26	ansteigend	0								
	gleich bleiben	2					x		x	
	zurückgehen	1						x		
27	ja	2					x		x	
	nein	1						x		
28	ja	1					x			
	nein	3					x	x	x	
29	ja	1							x	
	nein	2					x	x		
30	ja	3					x	x	x	
	nein	0								
31	ja	3					x	x	x	
	nein	0								
32	gut	1					x			
	schlecht	2						x	x	
	egal	0								
33	gut	1					x			
	schlecht	2						x	x	
	egal	0								
34	sehr	1					x			
	mittel	1							x	
	wenig	1						x		
	gar nicht	0								
35	ja	3					x	x	x	
	nein	0								
36	ja	3					x	x	x	
	nein	0								

Tabelle 3: Ergebnisse der Interviews – Einzelfragen

Frage	Antworten	Σ
1/22	positiv	6
	negativ	2
4/24	ansteigend	0
	gleichbleibend	1
	rückläufig	5
5/25	ja	1
	nein	4
6/26	ansteigend	0
	gleich bleiben	2
	zurückgehen	4
7/27	ja	4
	nein	2
9/29	ja	3
	nein	3
10/30	ja	5
	nein	1
11/31	ja	4
	nein	2
12/32	gut	2
	schlecht	4
	egal	1
13/33	gut	1
	schlecht	4
	egal	1
16/35	ja	5
	nein	1
21/36	ja	6
	nein	0

Tabelle 4: Ergebnisse der Interviews – gleiche Fragen für AN und AG

D Art 101 und 102 AEUV (Gesetzestext)

Art 101

(1) Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere

a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;

b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;

c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;

d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;

e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

(2) Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.

(3) Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf

— Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,

— Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,

— aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
- b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Art 102

Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:

- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

E KartG 2005 vs. KartG 1988

Nachfolgend sollen einige Neuregelungen¹⁹⁸ des am 1. Jänner 2006 in Kraft getretenen Kartellgesetzes 2005 im Vergleich zum bis dahin geltenden Kartellgesetz 1988 aufgelistet werden.

- *Die einzelnen Kartellarten und die darauf aufbauende differenzierte Regelung werden durch ein allgemeines Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Vorbild von Art. 81 EGV ersetzt. Damit fällt auch die Sonderbehandlung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen weg, die im geltenden Kartellrecht als vertikale Vertriebsbindungen geregelt sind.*
- *Über Artikel 81 EGV hinausgehend wird das Kartellverbot auf einseitige Wettbewerbsbeschränkungen ausgedehnt, um einen Rückschritt gegenüber der geltenden Rechtslage zu vermeiden.*
- *Durch eine Verfassungsbestimmung soll die Anwendung des Kartellgesetzes auch auf diejenigen Sachverhalte ausgedehnt werden, die bisher wegen der Zuständigkeit der Länder davon ausgenommen waren.*
- *Die einschlägigen Bestimmungen über die "Verwaltung" genehmigter Kartelle und kartellgerichtlicher Aufsicht werden durch die vorgesehene Reform gegenstandslos.*
- *Daneben erhält das geltende Kartellgesetz 1988 noch weitere Bestimmungen, die den oben angeführten Zweck verfolgen: Es sind dies die in den §§ 28 bis 30 KartG 1988 enthaltenen kartellvertragsrechtlichen Bestimmungen und die in den §§ 122 bis 124 KartG 1988 enthaltenen zivilprozessualen Bestimmungen. In das neue System, das eine Genehmigung von Kartellen nicht mehr kennt und von einem allgemeinen Kartellverbot ausgeht, passen diese Regeln nicht mehr.*
- *Die Regelung über unverbindliche Verbandsempfehlungen wird nicht übernommen.*
- *Das Kartellregister wird nicht weitergeführt.*
- *Die Regelung über die Untersagung unverbindlicher Preisempfehlungen (sogenannte Mondpreisverordnungen) hat keinerlei praktische Bedeutung mehr und wird vom Kartellgesetz 2005 nicht übernommen.*
- *Im Bereich des Verbots des Marktmachtmissbrauches ergibt sich keine Notwendigkeit für grundlegende Änderungen.*

¹⁹⁸ Neues Kartellgesetz beschlossen, <http://rechtsfreund.at/kartellrecht.htm>, 25.04.2013

-
- *Das Gleiche gilt für die Zusammenschlusskontrolle. In diesem Bereich wurde jedoch die Gelegenheit zu einigen Modifikationen genutzt (Einbeziehung von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen in die Zusammenschlusskontrolle, Erhöhungen im Bereich der Aufgriffsschwellen, Ausnahme bestimmter Zusammenschlüsse ohne spürbare Auswirkungen auf den inländischen Markt aus der Zusammenschlusskontrolle).*

F KartG 2005 (Auszüge aus dem BGBl I 61/2005)

Stand und Inkrafttreten: 1. Jänner 2006

ANMERKUNG: Die Änderungen aus der KaWeRÄG 2012 sind in den folgenden Paragraphen nicht eingearbeitet, um die exakten Unterschiede auch im Wortlaut des Gesetzestextes im Gegensatz zur Neuregelung zeigen zu können. Im Anhang auf Seite 152 sind dann die Abänderungen für die in diesem Kapitel F angeführten Paragraphen angeführt. Zudem werden nachfolgend die von der Abänderung durch die KaWeRÄG 2012 betroffenen Textpassagen durch eine graue Schattierung markiert.

§ 1 Kartellverbot

§ 1. (1) Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).

(2) Nach Abs. 1 sind insbesondere verboten

1. die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
2. die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
3. die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
4. die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
5. die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

(3) Die nach Abs. 1 verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig.

(4) Einem Kartell im Sinn des Abs. 1 stehen Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte gleich, durch die

eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird (Empfehlungskartelle). Ausgenommen sind Empfehlungen, in denen ausdrücklich auf ihre Unverbindlichkeit hingewiesen wird und zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck weder ausgeübt werden soll noch ausgeübt wird.

§ 2 *Ausnahmen*

§ 2. (1) Vom Verbot nach § 1 sind Kartelle ausgenommen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmern

- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
- b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

(2) Jedenfalls vom Verbot nach § 1 ausgenommen sind die folgenden Kartelle:

1. Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die gemeinsam am gesamten inländischen Markt einen Anteil von nicht mehr als 5 % und an einem allfälligen inländischen räumlichen Teilmarkt von nicht mehr als 25 % haben (Bagatellkartelle);

2. Vereinbarungen über die Bindung des Letztverkäufers im Handel mit Büchern, Kunstdrucken, Musikalien, Zeitschriften und Zeitungen an den vom Verleger festgesetzten Verkaufspreis;

3. Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Genossenschaftsmitgliedern sowie zwischen diesen und der Genossenschaft, soweit diese Wettbewerbsbeschränkungen durch die Erfüllung des Förderungsauftrags von Genossenschaften (§ 1 des Gesetzes über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, RGBI. Nr. 70/1873) berechtigt sind;

4. Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den Mitgliedern einer Kreditinstitutsgruppe im Sinne des § 30 Abs. 2a Bankwesengesetz – BWG, BGBl. Nr. 532/1993 Art. I;

5. Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen von landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben, Vereinigungen von landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben oder Vereinigungen von solchen Erzeugervereinigungen über

- a) die Erzeugung oder den Absatz landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder
- b) die Benutzung gemeinschaftlicher Einrichtungen für die Lagerung, Be- oder Verarbeitung landwirtschaftlicher Erzeugnisse,

sofern sie keine Preisbindung enthalten und den Wettbewerb nicht ausschließen. Als landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe gelten auch Pflanzen- und Tierzuchtbetriebe und die auf der Stufe dieser Betriebe tätigen Unternehmen. Landwirtschaftliche Erzeugnisse sind die in Anhang II des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft angeführten Erzeugnisse sowie die durch Be- oder Verarbeitung dieser Erzeugnisse gewonnenen Waren, deren Be- oder Verarbeitung durch landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe oder ihre Vereinigungen üblicherweise durchgeführt werden.

§ 3 Freistellungsverordnungen

§ 3. (1) Der Bundesminister für Justiz kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit durch Verordnung feststellen, dass bestimmte Gruppen von Kartellen nach § 2 Abs. 1 vom Kartellverbot ausgenommen sind. In solchen Verordnungen kann auf die jeweils geltende Fassung einer Verordnung nach Art. 81 Abs. 3 EGV verwiesen werden.

(2) Soweit eine Verordnung nach Abs. 1 besondere Bestimmungen für Kreditinstitute, Unternehmen der Vertragsversicherung oder Pensionskassen enthält, ist sie auch im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen zu erlassen.

§ 4 Marktbeherrschung - Begriffsbestimmung

§ 4. (1) Marktbeherrschend im Sinn dieses Bundesgesetzes ist ein Unternehmer, der als Anbieter oder Nachfrager

1. keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist oder
2. eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmern, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken.

(2) Wenn ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager am gesamten inländischen Markt oder einem anderen örtlich relevanten Markt

1. einen Anteil von mindestens 30% hat oder

2. einen Anteil von mehr als 5% hat und dem Wettbewerb von höchstens zwei Unternehmern ausgesetzt ist oder

3. einen Anteil von mehr als 5% hat und zu den vier größten Unternehmern auf diesem Markt gehört, die zusammen einen Anteil von mindestens 80% haben, dann trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs. 1 nicht vorliegen.

(3) Als marktbeherrschend gilt auch ein Unternehmer, der eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten überragende Marktstellung hat; eine solche liegt insbesondere vor, wenn diese zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind.

§ 5 Marktbeherrschung - Missbrauchsverbot

§ 5. (1) Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist verboten. Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:

1. der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung unangemessener Einkaufs- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, wie insbesondere unangemessener Zahlungsfristen und Verzugszinsen,

2. der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher,

3. der Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen,

4. der an die Vertragsschließung geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen,

5. dem sachlich nicht gerechtfertigten Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis.

(2) Im Fall des Abs. 1 Z 5 trifft den marktbeherrschenden Unternehmer die Beweislast für die Widerlegung des Anscheins eines Verkaufs unter dem Einstandspreis sowie für die sachliche Rechtfertigung eines solchen Verkaufs.

§ 24 Gemeinsame Bestimmungen – Anwendungsbereich

§ 24. (1) (Verfassungsbestimmung) Dieses Bundesgesetz ist auch in Angelegenheiten anzuwenden, die in Gesetzgebung oder Vollziehung Landessache sind.

(2) Dieses Bundesgesetz ist nur anzuwenden, soweit sich ein Sachverhalt auf den inländischen Markt auswirkt, unabhängig davon, ob er im Inland oder im Ausland verwirklicht worden ist.

(3) Dieses Bundesgesetz ist nicht anzuwenden

1. auf einen Sachverhalt der auf Grund gesetzlicher Bestimmungen der Aufsicht der Finanzmarktaufsichtsbehörde über Kreditinstitute, Bausparkassen oder private Versicherungsunternehmen oder des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie über Verkehrsunternehmen unterliegt; dies gilt jedoch nicht für Prämienbeträge des Unternehmenstarifs in der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung,

2. auf staatliche Monopolunternehmen, soweit sie in Ausübung der ihnen gesetzlich übertragenen Monopolbefugnisse tätig werden.

G KaWeRÄG 2012 (Auszüge aus dem BGBl I 13/2013)

Inkrafttreten: 1. März 2013

ANMERKUNG: Die Änderungen des Kartell- und Wettbewerbsänderungsgesetz 2012 zu den im vorherigen Kapitel abgedruckten Auszügen aus dem Gesetzestext werden nachfolgend aufgelistet.

§ 2 Abs. 2 Z 1 lautet:

„1. Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die zueinander im Wettbewerb stehen und gemeinsam am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 10 % haben, oder Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen und die jeweils am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 15 % haben, sofern sie in beiden Fällen weder die Festsetzung der Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes noch die Aufteilung der Märkte bezwecken (Bagatellkartelle);“

§ 2 Abs. 2 Z 4 wird aufgehoben.

§ 3 Abs. 1 lautet:

„§ 3. (1) Der Bundesminister für Justiz kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend durch Verordnung feststellen, dass bestimmte Gruppen von Kartellen nach § 2 Abs. 1 vom Kartellverbot ausgenommen sind. In solchen Verordnungen kann auf die jeweils geltende Fassung einer Verordnung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV verwiesen werden.“

In § 4 wird nach dem Abs. 1 folgender Abs. 1a eingefügt:

„(1a) Zwei oder mehr Unternehmer sind marktbeherrschend, wenn zwischen ihnen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen.“

In § 4 Abs. 2 wird die Wortfolge „gesamten inländischen Markt oder einem anderen örtlich“ aufgehoben.

In § 4 wird nach dem Abs. 2 folgender Abs. 2a eingefügt:

„(2a) Wenn eine Gesamtheit von Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager am relevanten Markt zusammen

1. einen Anteil von mindestens 50 % hat und aus drei oder weniger Unternehmern besteht oder

2. einen Anteil von mindestens zwei Dritteln hat und aus fünf oder weniger Unternehmern besteht,

dann trifft die beteiligten Unternehmer die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs. 1a nicht bestehen.“

§ 5 Abs. 1 Z 1 lautet:

„1. der Forderung nach Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder nach sonstigen Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, wobei insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmern auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind,“