



DISSERTATION

Titel der Dissertation

Die Bieter- und Arbeitsgemeinschaft des
Baugewerbes aus kartell- und
vergaberechtlicher Sicht

Verfasserin

Mag. Hanna STEINBACH

angestrebter akademischer Grad

Dr. iur. (Doctor iuris)

Wien, Januar 2009

Studienkennzahl lt.
Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt.
Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

o.Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

INHALTSVERZEICHNIS

1. EINFÜHRUNG IN DEN UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND	1
1.1 Problemstellung	1
1.2 Gliederung der Untersuchung.....	3
1.3 Forschungsziel	3
2. DIE BIETER- UND ARBEITSGEMEINSCHAFT DES BAUGEWERBES	5
2.1 Der Begriff der Bietergemeinschaft	5
2.2 Der Begriff der Arbeitsgemeinschaft	5
2.3 Die Bedeutung der ARGE im Baugewerbe.....	6
2.4 Formen von Arbeitsgemeinschaften.....	7
2.4.1 Die "stille ARGE"	7
2.4.2 Die "Los-ARGE" ("Dach-ARGE").....	8
2.4.3 Die "fortgesetzte ARGE"	9
2.5 Vorteile der Gründung einer ARGE	9
2.6 Nachteile der Bildung einer ARGE	10
3. GESELLSCHAFTSRECHTLICHE GRUNDLAGEN	11
3.1 Die GesbR nach ABGB.....	11
3.1.1 Keine eigene Rechtspersönlichkeit	11
3.1.2 Die GesbR kann nicht als Eigentümerin oder sonstige Vermögensträgerin auftreten	12
3.1.3 Keine Eintragung ins Firmenbuch	12
3.2 Der ARGE-Vertrag.....	13
3.2.1 Vertragsmuster	13
3.3 Die EWIV	14
3.3.1 Rechtsgrundlagen und Vorteile der EWIV	15
3.3.2 Voraussetzung und Zweck der Gründung einer EWIV	16
3.3.3 Haftung	17
3.3.4 EWIV oder GesbR?	17
4. KARTELLRECHTLICHE BETRACHTUNG	18
4.1 Das europäische Kartellrecht.....	18
4.1.1 Rechtsgrundlagen.....	19
4.1.2 Die Reichweite des europäischen Kartellrechts.....	20
4.1.3 Das Kartellverbot nach Art 81 Abs 1.....	21
4.1.3.1 Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels.....	21
4.1.3.1.1 Spürbarkeit.....	24
4.1.3.2 Die Normadressaten	26
4.1.3.3 Verbotene Formen wettbewerbswidrigen Zusammen- wirkens	27

4.1.3.4	Wettbewerbsbeschränkung	29
4.1.3.4.1	Schutzzweck.....	30
4.1.3.4.2	Horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkung.....	31
4.1.3.4.3	Aktuelle und potentielle Wettbewerber	32
4.1.3.4.4	Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkung.....	33
4.1.3.4.5	Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.....	35
4.1.3.4.6	Der relevante Markt	38
4.1.3.4.7	Die ARGE als Wettbewerbsbeschränkung	40
4.1.3.4.8	Rule of Reason	49
4.1.3.5	Die Nichtigkeit von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nach Art 81 Abs 2 EGV	52
4.1.3.5.1	Nichtigkeit nach Gemeinschaftsrecht und nach nationalem Recht	54
4.1.3.5.2	Nichtigkeit nach Art 81 Abs 2 EGV und die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft.....	55
4.1.4	Der Ausnahmetatbestand von Art 81 Abs 3 EGV.....	58
4.1.4.1	Verfahrensrechtliche Grundlagen	60
4.1.4.2	Die einzelnen Elemente von Art 81 Abs 3 EGV.....	63
4.1.4.2.1	Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts (Effizienzgewinne).....	64
4.1.4.2.2	Angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn	66
4.1.4.2.3	Keine Beschränkungen, die zur Verwirklichung der Ziele von Art 81 EGV nicht unerlässlich sind	68
4.1.4.2.4	Keine Eröffnung von Möglichkeiten, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.....	69
4.1.5	Die ARGE als Gemeinschaftsunternehmen	70
4.2	Das österreichische Kartellrecht	72
4.2.1	Die Beseitigung der kartellrechtlichen Immunität von ARGE.....	73
4.2.2	Der Anwendungsbereich des KartG 2005.....	74
4.2.3	Das Kartellverbot nach § 1 KartG	75
4.2.3.1	Der Schutzzweck des Kartellverbots	76
4.2.3.2	Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 1 KartG	77
4.2.3.2.1	Die Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 KartG	78
4.2.3.2.2	Die einschlägige österreichische Judikatur zu ARGE	80
4.2.4	Der Ausnahmetatbestand nach § 2 KartG	81
4.2.4.1	Bagatellkartell	82
5.	VERGABERECHTLICHE BETRACHTUNG.....	84
5.1	Anwendbarkeit des Vergaberechts.....	84
5.1.1	Der persönliche Anwendungsbereich.....	85

5.1.2	Der sachliche Anwendungsbereich.....	86
5.1.3	Ausnahmen vom Geltungsbereich	87
5.2	Der vergaberechtliche Begriff der BIEGE und der ARGE	90
5.3	Der vergaberechtliche Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs...	92
5.4	Beschränkungsmöglichkeiten von BIEGE oder ARGE	94
5.4.1	Verbot der Mehrfachbeteiligung.....	96
5.4.1.1	Gleichzeitige Teilnahme als Partner in einer BIEGE und als Einzelbieter	98
5.4.1.2	Gleichzeitige Teilnahme als Partner in mehreren BIEGE.....	100
5.4.1.3	Mehrfachbeteiligung von verbundenen Unternehmen	101
5.4.1.4	Gleichzeitige Teilnahme als Partner in einer BIEGE und als Subunternehmer.....	102
5.4.1.5	Wertung von möglichen Mehrfachbeteiligungen im Zusammenhang mit BIEGE und ARGE.....	103
5.5	Der Ausschluss einer BIEGE oder ARGE mangels beruflicher Zuverlässigkeit.....	104
5.5.1	Rechtskräftige Verurteilung.....	106
5.5.2	Schwere berufliche Verfehlung	107
5.5.3	Die vergaberechtliche Selbstreinigung	109
5.5.3.1	Maßnahmen der Selbstreinigung.....	111
5.5.3.2	Konkrete erfolgsversprechende Maßnahmen	112
5.6	Das Ausscheiden von Angeboten nach § 129 Abs 1 BvergG 2006	113
5.6.1	Unterscheidung zwischen Ausschluss- und Ausscheidungsgründen.	115
5.6.2	Für den Auftraggeber nachteilige, wettbewerbswidrige Absprachen	116
5.6.2.1	Einschlägigkeit des Kartellrechts	117
5.6.3	Prüf-, Erörterungs- und Ausscheidungspflicht des Auftraggebers	119
5.6.3.1	Die Entscheidung des VKS Wien vom 18.10.2007	120
5.6.3.2	Prüfungsmaßstab nach § 129 BVergG 2006	121
5.6.3.3	Beweislast und Prüfdichte	122
5.6.3.3.1	Beweislast.....	122
5.6.3.3.2	Prüfdichte	123
6.	STRAFRECHTLICHE BETRACHTUNG.....	126
6.1	Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabe-verfahren	126
6.1.1	Die ARGE als Adressat von § 168b StGB.....	127
6.1.2	Der Anwendungsbereich von § 168b StGB.....	128
6.1.3	Objektiver Tatbestand.....	131
6.1.3.1	Teilnahmeantrag stellen.....	132

6.1.3.2	Angebot stellen.....	132
6.1.3.3	Verhandlungen führen.....	133
6.1.3.4	Die Rechtswidrigkeit der Absprache	133
6.1.3.5	Ziel der Absprache	134
6.1.4	Subjektiver Tatbestand	134
6.1.5	Strafaufhebungsgrund.....	135
7.	ERGEBNIS.....	136
	LITERATURVERZEICHNIS	139
	ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS.....	154
	ZUSAMMENFASSUNG.....	157
	ABSTRACT	159
	LEBENS LAUF	161

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABl	Amtsblatt der EU
Abs	Absatz
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art	Artikel
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBI Nr 218/1975
bbI	baurechtliche Blätter
BGBI	Bundesgesetzblatt
BIEGE	Bietergemeinschaft
BVergG 2006	Bundesvergabegesetz 2006, BGBI I Nr 17/2006
bzw	beziehungsweise
dStGB	Deutsches Strafgesetzbuch
EB	Erläuternde Bemerkungen
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 7. Februar 1992
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
f	folgend (-e; -er)
ff	und die folgenden
Fn	Fußnote
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
ggf	gegebenenfalls
Hrsg	Herausgeber
idgF	in der gegenwärtigen Fassung
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
KartG 1988	Kartellgesetz 1988, BGBI Nr 600/1988
KartG 2005	Kartellgesetz 2005, BGBI I Nr 61/2005

KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KG	Kartellgericht
KOG	Kartellobergericht
Lfg	Lieferung
Mrd	Milliarden
MR-Int	Medien & Recht International
mwN	mit weiteren Nachweisen
NÖ	Niederösterreich
Nr	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
RdW	Recht der Wirtschaft
Rn	Randnummer
RPA	Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe
RS	Rechtssache
RV	Regierungsvorlage
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz	Randziffer
Slg	Sammlung
VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, BGBl I Nr 151/2005
VergabeR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
Vgl	Vergleiche
VKS	Vergabekontrollsenat
Wbl	wirtschaftsrechtliche Blätter
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb Zeitschrift für deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis

1. EINFÜHRUNG IN DEN UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND

1.1 PROBLEMSTELLUNG

Nach § 20 Abs 2 BVergG 2006 besteht in Vergabeverfahren die Möglichkeit der Gründung von BIEGE und ARGE¹ zwecks gemeinsamer Erstellung eines Angebotes und – im Zuschlagsfall – der gemeinsamen Leistungserbringung gegenüber dem Auftraggeber. Diese Möglichkeit wird in der Praxis sehr häufig genutzt. Im Straßenbau handelt es sich bei etwa durchschnittlich der Hälfte aller Bieter um BIEGE oder ARGE.²

Bis zur Kartellrechtsnovelle im Jahr 2002³ war die Gründung einer BIEGE oder ARGE im vergaberechtlichen Kontext aus kartellrechtlicher Sicht unproblematisch, da ARGE "*zur gemeinsamen Durchführung eines Auftrages*" durch eine auf der Grundlage von § 17 KartG 1988 ergangenen Durchführungsverordnung⁴ von den Bestimmungen des KartG 1988 über Kartelle ausgenommen waren. Mit Inkrafttreten der Kartellrechtsnovelle im Jahr 2002 am 1. Juli 2002 war nach mittlerweile herrschender Ansicht der Wegfall der schon früh kritisierten "Kartellrechtsimmunität"⁵ von ARGE verbunden, da im Einleitungssatz von § 17 Abs 2 KartG 1988 das Wort "insbesondere" weggefallen ist und sich daher die gemäß § 17 Abs 1 KartG 1988 statuierte Verordnungsermächtigung nicht mehr "insbesondere" auf die im Gesetz aufgezählten Vereinbarungen bezog, sondern vielmehr ausschließlich auf die dort genannten, wodurch die vormals demonstrative Aufzählung einer taxativen Aufzählung gewichen ist.

¹ Zur vergaberechtlichen Begriffsdefinition siehe unten unter 2.1 und 2.2.

² Vgl. Gruber, Arbeitsgemeinschaften nicht mehr kartellrechtsimmun – Grund zur Sorge?, ZVB 2004, 1.

³ BGBl I Nr 62/2002.

⁴ Verordnung des Bundesministers für Justiz vom 6. April 1989 zur Durchführung des § 17 des Kartellgesetzes 1988, BGBl 185/1989.

⁵ Vgl. insbesondere Aicher in Krejci, Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, 194.

Dementsprechend waren nur noch die im Gesetz ausdrücklich genannten ARGE⁶ - und folglich nicht mehr ARGE in Vergabeverfahren – von der Freistellung umfasst.⁷ Spätestens seit Inkrafttreten des KartG 2005 am 1.1.2006 steht endgültig fest, dass die "Kartellrechtsimmunität" von ARGE weggefallen ist.

Mit dem Inkrafttreten des KartG 2005 wurde mit der Einführung der Legalsausnahme nach gemeinschaftsrechtlichem Vorbild eine elementare Änderung im österreichischen Kartellrecht verankert. Die Adressaten des Kartellverbots sind nunmehr selber verpflichtet, im Vorfeld zu prüfen, ob die geplante Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE im vergaberechtlichen Kontext einen Kartellrechtsverstoß darstellt oder nicht. Daneben trifft auch den Auftraggeber eine diesbezügliche Prüfpflicht, da dieser kartellrechtswidrige ARGE vom Vergabeverfahren auszuschließen bzw deren Angebote auszuschneiden hat. Darüber hinaus drohen den Mitgliedern von wettbewerbsbeschränkenden BIEGE oder ARGE strafrechtliche Sanktionen wegen Verwirklichung des in § 168b StGB statuierten Verbots von Submissionsabsprachen.

Bemerkenswert ist, dass nicht nur die klassische Form von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen in Vergabeverfahren – also die geheime Absprache – juristische Sanktionen nach sich ziehen kann, sondern die "offizielle" Gründung einer BIEGE oder ARGE kartellrechtswidrig sein kann, und zwar ohne dass die Mitglieder einen entsprechenden Vorsatz gefasst haben müssen. Die Notwendigkeit schon vor der Gründung einer BIEGE oder ARGE zu prüfen, ob die geplante Zusammenarbeit in der Form einer BIEGE oder ARGE kartellrechtskonform ist, wird aufgrund der Tatsache erschwert, dass bislang nur sehr wenig inländische aussagekräftige Rechtsprechung vorliegt, an der sich die Bieter im Rahmen der Prüfung im Vorfeld orientieren könnten.

⁶ Dabei handelte es sich um ARGE, deren Zusammenarbeit sich auf Forschung und Entwicklung, Nutzung gemeinsamer Distributionseinrichtungen, gemeinsames Marketing, Nutzung von Buchungs- oder Rechnungsanlagen oder Datenbanken beschränkte.

⁷ Vgl Gruber, Arbeitsgemeinschaften nicht mehr kartellrechtsimmun – Grund zur Sorge?, ZVB 2004, 2.

Die bedeutende praktische Relevanz der Frage, wann die Gründung einer BIEGE oder ARGE kartellrechtlich problematisch ist, liegt auf der Hand, zumal die Gründung von BIEGE oder ARGE ein in Vergabeverfahren regelmäßig genutztes Instrument ist und die Konsequenzen einer Kartellrechtsverletzung aufgrund der Gründung einer BIEGE oder ARGE mannigfaltig sind und für die betroffenen Bieter – etwa aufgrund von Geldbußen – auch in wirtschaftlicher Hinsicht deutlich spürbar sein können.

1.2 GLIEDERUNG DER UNTERSUCHUNG

Die vorliegende Arbeit ist in sechs Teile untergliedert. Eingangs werden die Begriffe BIEGE und ARGE definiert und erläutert. Um den wirtschaftlichen Hintergrund von BIEGE oder ARGE verständlich zu machen, werden die Gründe dargestellt, die aus Sicht der Mitglieder der BIEGE oder ARGE und des Auftraggebers für und gegen eine solche Zusammenarbeit sprechen. Anschließend werden die gesellschaftsrechtlichen Eigenheiten von BIEGE und ARGE dargestellt. Der vierte Abschnitt der vorliegenden Arbeit behandelt die kartellrechtliche Problematik von BIEGE und ARGE. Es werden jene kartellrechtlichen Kriterien erläutert, die bei der wettbewerblichen Beurteilung von BIEGE und ARGE aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht und nach dem KartG 2005 zu berücksichtigen sind. Auf der Grundlage der kartellrechtlichen Darstellung werden im folgenden fünften Abschnitt die vergaberechtlichen Schnittstellen zum Kartellrecht herausgearbeitet und die Auswirkungen einer kartellrechtswidrigen BIEGE oder ARGE auf Vergabeverfahren dargestellt. Abschließend wird die strafrechtliche Dimension von wettbewerbsbeschränkenden BIEGE und ARGE erläutert.

1.3 FORSCHUNGSZIEL

Forschungsziel der vorliegenden Arbeit ist die Erläuterung der einschlägigen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte, der Europäischen Kommission und nationaler Gerichte, um die Kriterien herausarbeiten, die bei der kartellrechtlichen Prüfung von BIEGE und ARGE notwendigerweise zu berücksichtigen sind.

Insbesondere sollen die Schnittstellen zwischen Vergabe- und Kartellrecht und auch die Unterschiede bei der jeweiligen wettbewerblichen Prüfung klar herausgearbeitet werden.

Rein vergaberechtliche Aspekte von BIEGE und ARGE ohne kartellrechtliche Relevanz, wie etwa die Parteifähigkeit und die Besonderheiten von BIEGE und ARGE im Nachprüfungsverfahren, sind vom Forschungsziel dieser Arbeit nicht umfasst.

2. DIE BIETER- UND ARBEITSGEMEINSCHAFT DES BAUGEWERBES

2.1 DER BEGRIFF DER BIETERGEMEINSCHAFT

Der Begriff "BIEGE" ist ein rein vergaberechtlicher Begriff. § 2 Z 14 BVergG 2006 definiert die BIEGE als *"ein[en] Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann"*.⁸ Wurde auf der Grundlage eines Vergabeverfahrens eine BIEGE als Bestbieter ermittelt und der Auftrag an diese erteilt, spricht das BVergG von einer ARGE. Daher kann die BIEGE im vergaberechtlichen Kontext als Vorstufe der ARGE angesehen werden, weswegen sie mitunter auch als "Vor-ARGE" bezeichnet wird.

Im Auftragsfall schuldet die BIEGE als ARGE dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.⁹

2.2 DER BEGRIFF DER ARBEITSGEMEINSCHAFT

Allgemein betrachtet kann man unter einer ARGE einen Zusammenschluss mehrerer natürlicher oder juristischer Personen verstehen, die einen gemeinsamen Zweck verfolgen. Es handelt sich also keineswegs um einen rein juristischen oder gar vergaberechtlichen Begriff. Vielmehr tauchen ARGE in den verschiedensten wirtschaftlichen Zweigen auf.¹⁰

Nach § 2 Z 7 BVergG 2006 handelt es sich um eine ARGE, wenn sich mehrere Unternehmen zusammenschließen und *"sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer*

⁸ Der letzte Satzteil wurde durch die Novelle zum BVerG 2006, BGBl I Nr 86/2006, eingeführt.

⁹ Vgl § 20 Abs 2 BVergG 2006.

¹⁰ Vgl Krejci in Krejci, Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, 1.

Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten".

Das BVergG 2006 ist allerdings bei der Begriffsdefinition und bei der Begriffsverwendung uneinheitlich. Würde man anhand der soeben erläuterten Begriffsdefinitionen einer BIEGE und einer ARGE davon ausgehen, dass bis zur Zuschlagserteilung im vergaberechtlichen Zusammenhang nur von einer BIEGE zu sprechen ist und erst nach Zuschlagserteilung von einer ARGE, wird man demgegenüber feststellen, dass nach dem BVergG 2006 auch Regelungen betreffend ARGE schon vor Zuschlagserteilung bestehen. So bestimmt etwa § 20 Abs 2 BVergG 2006, dass nicht nur BIEGE, sondern auch ARGE Angebote und Teilnahmeanträge einreichen können. Dies ist auch systemimmanent, da es sich faktisch etwa bei "fortgesetzten-ARGE"¹¹ auch schon vor Auftragserteilung nur um ARGE handeln kann.

Folglich ist die Gründung einer BIEGE, wobei der Unterschied zur ARGE darin zu sehen ist, dass es sich bei einer BIEGE eben nicht um die finale Gesellschaft handelt, keineswegs Voraussetzung. Vielmehr kann schon in einem ersten Schritt – im Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2006 – zwecks Angebotseinreichung eine ARGE gegründet werden bzw im Rahmen der "fortgesetzten ARGE" ein Angebot eingereicht werden.

2.3 DIE BEDEUTUNG DER ARGE IM BAUGEWERBE

Eine wesentliche Bedeutung und eine Herauskristallisierung gesellschaftsrechtlicher Eigenheiten hat die ARGE im Baugewerbe erlangt. In diesem Zusammenhang versteht man unter dem Begriff der ARGE einen Zusammenschluss zumindest zweier verschiedener Unternehmen, welche das Ziel der gemeinsamen Erbringung einer konkreten, in zeitlicher sowie sachlicher Hinsicht begrenzten Bauleistung verfolgen.¹² In den meisten Fällen handelt es

¹¹ Siehe unten unter 2.4.3.

¹² Bärwaldt in Müller/Hoffmann, Handbuch der Personengesellschaften, § 17, Rz 2 f.

sich bei dieser Form der zwischenbetrieblichen Kooperation um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf der Grundlage eines Gesellschaftsvertrages.¹³

Der wirtschaftliche Hintergrund der Gründung einer ARGE (bzw im Vorfeld einer BIEGE) in der Bauwirtschaft ist zumeist die Teilnahme an einem Vergabeverfahren mit dem Ziel, gemeinsam ein Angebot einzureichen, um nach erfolgtem Zuschlag die Ausführung des konkreten Bauauftrages gemeinsam durchzuführen. Im Allgemeinen gehen die Unternehmen nach Beendigung der Bauausführungen wieder auseinander; das Übernehmen weiterer Bauaufträge durch die ARGE geschieht nur in Einzelfällen.¹⁴

2.4 FORMEN VON ARBEITSGEMEINSCHAFTEN

Die Bau-ARGE tritt in unterschiedlichen Formen auf. Klassischerweise handelt es sich bei der "normalen" ARGE um eine zeitlich befristete, durch einen Gesellschaftsvertrag gegründete GesbR zum Zwecke der Erbringung der gegenständlichen Bauleistung. Alle Partner der ARGE arbeiten gemeinsam am Bauvorhaben und treten auch nach außen in Erscheinung.¹⁵ Davon zu unterscheiden sind die "stille ARGE", die "Los-ARGE" und die "fortgesetzte ARGE".¹⁶

2.4.1 DIE "STILLE ARGE"

Bei der "stillen ARGE" tritt nur ein Gesellschafter nach außen in Erscheinung. Es liegt eine reine Innengesellschaft vor, wodurch ein wesentliches Element der klassischen ARGE – die solidarische Haftung aller Gesellschafter gegenüber dem Auftraggeber – wegfällt. Im Gesellschaftsvertrag sind freilich die Beteiligung der

¹³ Kühne/Straube, ARGE, 15.

¹⁴ Grüb, Die Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft, 1.

¹⁵ Thierau/Messerschmidt, Die Bau-ARGE – Teil 1: Grundstrukturen und Vertragsgestaltung, NZBau 2007, 132.

¹⁶ Vgl Krejci in Krejci, Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, 5 f.

betreffenden Unternehmen und die daraus resultierenden Rechte und Pflichten, wie Haftung, Gewährleistung und Informationsrechte, festgehalten.¹⁷

Es ist jedoch kein konstitutives Merkmal der "stillen ARGE", dass sie nach außen nicht erkennbar ist, vielmehr kommt es darauf an, ob der Auftragnehmer nur für sich, nicht aber für die Gesellschaft oder die anderen Gesellschafter handeln kann.¹⁸

2.4.2 DIE "Los-ARGE" ("DACH-ARGE")

Wesentliche Auswirkungen auf das Innenverhältnis hat die "Los-ARGE", für die in Österreich auch der Begriff "Dach-ARGE" gebräuchlich ist.¹⁹ Nach außen wird der Bauauftrag zwar gemeinsam von den Partnern der ARGE übernommen, im Innenverhältnis werden jedoch die Arbeiten im Wege von Subunternehmerverträgen eindeutig als Einzellose voneinander abgegrenzt. Die solidarische Haftung aller Partner für den gesamten Bauauftrag bleibt dabei bestehen. Somit kommt den einzelnen Unternehmern eine Doppelrolle zu. Einerseits sind sie Gesellschafter der "Los-Arge", andererseits zugleich deren Subunternehmer.²⁰

¹⁷ Barner, Die Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft, 39 f.

¹⁸ Bärwaldt in Müller/Hoffmann, Handbuch der Personengesellschaften, § 17 Rz 22.

¹⁹ Nach Thierau/Messerschmidt besteht zwischen der "Dach-ARGE" und der "Los-ARGE" hingegen ein Unterschied. Bei der "Los-ARGE" werden nach Thierau/Messerschmidt die einzelnen Leistungsteile über die ARGE nicht an die einzelnen Gesellschafter, sondern jeweils an mehrere Gesellschafter übertragen werden, die ihrerseits selbst eine ARGE ("Los-ARGE") bilden. Für die Zwecke dieser Arbeit wird jedoch die in Österreich gängige Definition verwendet, nach der nicht zwischen den Los-ARGE und der Dach-ARGE unterschieden wird. Vgl. Thierau/Messerschmidt, Die Bau-ARGE – Teil 1: Grundstrukturen und Vertragsgestaltung, NZBau 2007, 131 f. Zum österreichischen Begriffsverständnis siehe etwa Wollmann, Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, 24, www.viboe.at/downloads/25/gutachten_argen_2_2006_endfassung.pdf (13.10.2008)

²⁰ Bärwaldt in Müller/Hoffmann, Handbuch der Personengesellschaften, § 17, Rz 17.

Ein wirtschaftlicher Vorteil der "Los-Arge" besteht in der Verminderung vom Verwaltungsaufwand bei der ARGE selbst, da dieser auf die einzelnen Gesellschafter übergeht.²¹

Zu unterscheiden von der Los-Arge ist das so genannte Nebenunternehmerverhältnis. In diesem Fall teilt bereits der Auftraggeber das Gesamtprojekt in einzelne Lose auf, welche er dann an verschiedene Unternehmen vergibt.²²

2.4.3 DIE "FORTGESETZTE ARGE"

Die fortgesetzte ARGE zeichnet sich dadurch aus, dass die Partner über das vorerst zugesprochene Bauprojekt zusammenbleiben, um weiterhin gemeinsam Bauaufträge auszuführen. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob aus gesellschaftsrechtlicher Sicht eine andere Form als die GesbR sinnvoll erscheint bzw verpflichtend ist.²³

2.5 VORTEILE DER GRÜNDUNG EINER ARGE

Es gibt diverse Gründe, die aus unternehmerischer Sicht für den Zusammenschluss in eine Bau-ARGE sprechen. Aufgrund der Zusammenarbeit können Kosten eingespart werden und es findet eine bessere Auslastung statt, was in der Baubranche einen großen Vorteil darstellt, zumal die meisten Bauaufträge in Vergabeverfahren und somit zyklisch vergeben werden. Ein weiterer wesentlicher Grund für die Bildung einer ARGE ist die Erhöhung der Wahrscheinlichkeit, in einem Vergabeverfahren erfolgreich zu bieten, etwa aufgrund eines wegen den Einsparungsmöglichkeiten, die eine ARGE bietet, preislich günstigeren Angebots²⁴ oder wegen eines inhaltlich besseren Angebots aufgrund der Bündelung von Know-how. Auch die Risikostreuung ist aus Sicht

²¹ *Barner*, Die Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft, 16.

²² *Krejci* in *Krejci*, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, 6.

²³ *Straube* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, I, 5:8.

²⁴ ZB durch bessere Einkaufsbedingungen wegen größerer Einkaufsmengen.

der teilnehmenden Unternehmen als wesentlicher Vorteil der Zusammenarbeit zu nennen. Darüber hinaus stellt die leichtere Anlauffinanzierung, etwa durch Teilung von Maschineninvestitionen, einen Anreiz zur Gründung von BIEGE oder ARGE dar.²⁵

In vielen Fällen kann mitunter überhaupt erst die Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE es den beteiligten Unternehmen ermöglichen, ein Angebot in einem Vergabeverfahren einzubringen, da die Gesellschafter der ARGE – in diesem Fall wird es sich in der Regel vor allem um kleine und mittlere Unternehmen handeln – erst durch den Zusammenschluss faktisch in die Lage versetzt werden, ein Angebot einzureichen. Eine ARGE in dieser Konstellation ist aus kartellrechtlicher Sicht die unproblematischste.²⁶

Für den Auftraggeber ist die Vergabe an ARGE vor allem wegen der Solidarhaftung vorteilhaft. Zudem besteht aus Sicht des Auftraggebers bei der Beauftragung einer ARGE ein Vorteil darin, nur einen einzelnen Vertragspartner zu haben, hinter dem mehrere kompetente Einzelunternehmen stehen, wodurch der Koordinations- und Verwaltungsaufwand für den Auftraggeber gemindert wird.²⁷

2.6 NACHTEILE DER BILDUNG EINER ARGE

Ein wesentlicher Nachteil für die Auftragnehmer und Mitglieder einer ARGE ist die – für den Auftraggeber so vorteilhafte – Solidarhaftung und der damit verbundenen Risikoübernahme für fremdes Handeln. Dieser Nachteil kann vor allem bei jenen ARGE schwerwiegend sein, die nur über sehr wenige Mitglieder verfügen. Daher sollte im Arbeitsgemeinschaftsvertrag schon im Vorfeld eine entsprechende Regelung getroffen werden.

²⁵ *Straube in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, I, 5:9.

²⁶ Vgl dazu unten unter 4.1.3.4.7.

²⁷ *Thierau/Messerschmidt*, Die Bau-ARGE – Teil 1: Grundstrukturen und Vertragsgestaltung, NZBau 2007, 129.

3. GESELLSCHAFTSRECHTLICHE GRUNDLAGEN

Aufgrund der leichten und formlosen Gründung und des weiten Spielraumes für eine freie vertragliche Gestaltung ist die Gesellschaftsform der GesbR für BIEGE bzw ARGE besonders gut geeignet, auch wenn es keine rechtliche Verpflichtung für die Errichtung einer BIEGE oder ARGE in der Gesellschaftsform einer GesbR gibt.²⁸ Vielmehr ist es dem Auftraggeber nach § 20 Abs 2 BVergG 2006 nicht erlaubt, BIEGE oder ARGE zwecks Einreichens eines gemeinsamen Angebots oder eines Teilnahmeantrags zu verpflichten, eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. In der Praxis finden sich jedoch im ganz überwiegenden Ausmaß ARGE in der Gesellschaftsform einer GesbR.

3.1 DIE GESBR NACH ABGB

Das ABGB enthält die relevanten Bestimmungen für GesbR in den §§ 1175 bis 1216. Nach der Definition von § 1175 ABGB ist eine GesbR eine durch Vertrag von zwei oder mehreren Personen zu einem gemeinsamen Zweck gegründete Gesellschaft, wobei die Gesellschafter einen vermögenswerten Beitrag leisten. Im Vordergrund steht die Verfolgung eines gemeinsamen Interesses der Gesellschafter der GesbR im Rahmen des Gesellschaftsvertrags.²⁹ Nach der Judikatur des OGH ist ferner eine gewisse Mindestorganisation Voraussetzung, um von einer GesbR zu sprechen.³⁰ Diese Voraussetzung wird bei BIEGE bzw ARGE der Bauwirtschaft regelmäßig erfüllt sein.

3.1.1 KEINE EIGENE RECHTSPERSÖNLICHKEIT

Die GesbR besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit, weswegen grundsätzlich nur die Gesellschafter Träger von Rechten und Pflichten sein können. Im Vergabeverfahren sind BIEGE bzw ARGE demgegenüber als solche gemäß

²⁸ Kühne/Straube, ARGE, 15.

²⁹ Hofmann, Gesellschafterhaftung in der GesBR, 14.

³⁰ OGH 13.08.1998, 2 Ob 197/98d = RDW 1999, 18.

§ 20 Abs 2 BVergG 2006 hinsichtlich der Geltendmachung der ihnen durch das BVergG 2006 eingeräumten Rechte parteifähig.

Die Gesellschaft kann somit selber grundsätzlich nicht über eigenes Vermögen verfügen; es handelt sich vielmehr um "Sondervermögen", das im quotenmäßigen Miteigentum der Gesellschafter steht. Daher kann auch nicht die GesbR selber in Konkurs gehen, sondern nur ihre Gesellschafter.³¹

Da es das Wesen einer GesbR ist, dass die Gesellschafter im Vordergrund stehen, ist die Gesellschaft im wesentlichen ein Instrument zur Koordination der gemeinsamen Interessen.³²

3.1.2 DIE GESBR KANN NICHT ALS EIGENTÜMERIN ODER SONSTIGE VERMÖGENSTRÄGERIN AUFTRETEN

Die oben beschriebene fehlende Rechtsträgerschaft bringt es mit sich, dass die GesbR als solche nach hM nicht als Eigentümerin oder Vermögensträgerin auftreten kann, sie ist – abgesehen von der vergaberechtlich statuierten Parteifähigkeit – nicht als solche rechtsfähig. Vielmehr ist die GesbR Anknüpfungspunkt für die Bildung eines Sondervermögens, das im quotenmäßigen Miteigentum der Gesellschafter steht.³³

3.1.3 KEINE EINTRAGUNG INS FIRMENBUCH

Gemäß § 8 Abs 3 UGB besteht keine Eintragungspflicht im Firmenbuch für klassische ARGE, da ARGE nur dann der Eintragungspflicht unterliegen, wenn sie unternehmerisch im Sinne eines auf Dauer ausgerichteten Anbietens von Leistungen auf einem Markt tätig sind.³⁴ Wie oben unter 2.4 dargestellt wurde, werden ARGE jedoch grundsätzlich nur auftragsbezogen gegründet; mangels dauerhafter Tätigkeit entfällt daher die Eintragungspflicht.

³¹ Kühne/Straube, ARGE, 16 ff.

³² Straube in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, I, 5:13.

³³ Straube in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, I, 5:11.

³⁴ Feil, Gesellschaft nach bürgerlichem Recht im UGB, GesRZ 2006, VII.

3.2 DER ARGE-VERTRAG

Das ABGB liefert für ARGE der Bauwirtschaft jedoch nur das juristische Grundgerüst. Aufgrund der Besonderheiten von ARGE und mangels einer diesbezüglichen detaillierten und auf ARGE zugeschnittenen gesetzlichen Regelung ist der Gesellschaftsvertrag die wesentliche Rechtsgrundlage für ARGE, zumal die diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmungen³⁵ dispositiver Natur sind. Hierbei ist einerseits zwischen dem ARGE-Vorvertrag, also der Absichtserklärung einer BIEGE im Zuschlagsfall eine ARGE auf Grundlage eines ARGE-Vertrages zu bilden, und andererseits dem ARGE-Vertrag als solchem zu unterscheiden.

3.2.1 VERTRAGSMUSTER

Wie oben erläutert, kommen in der Praxis Vertragsmustern eine besondere Bedeutung zu. Für Österreich ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Vertragsmuster der Vereinigung industrieller Bauunternehmungen Österreichs ("**VIBÖ**") hinzuweisen.³⁶ Der diesbezüglichen Geschäftsordnung unterwerfen sich die Mitglieder der VIBÖ aufgrund einer entsprechenden generellen Erklärung; hingegen wird der Vertrag im Einzelfall schriftlich, und zwar auf der Grundlage des Mustervertrages, vereinbart und auf individuelle Bedürfnisse angepasst.

Die Musterverträge erfüllen die wichtige Funktion, für ARGE der Bauwirtschaft mit ihren spezifischen Besonderheiten gleich bleibende Rahmenbedingungen zu schaffen, die in ihrer generellen Form den wichtigsten zu regelnden Inhalt abdecken und zu einer gewissen Rechtssicherheit in diesem Bereich führen.

Einerseits gibt es ein Muster für den ARGE-Vorvertrag, bei dem es sich um einen kurzen Vertrag handelt, der grundsätzlich festlegt, dass die Gesellschafter übereinkommen, im Auftragsfall eine ARGE nach den jeweiligen

³⁵ §§ 1175 bis 1216 ABGB.

³⁶ Abrufbar auf der Homepage des VIBÖ www.viboe.at (13.10.2008). In Deutschland findet der ARGE-Mustervertrag des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie e.V. in vielen Fällen Anwendung.

Beteiligungsverhältnissen zu bilden. Ferner enthält der Vorvertrag Regelungen der Auswirkung des Konkurses eines der Gesellschafter, die Übertragung der technischen und kaufmännischen Geschäftsführung und die diesbezügliche Vergütung, eine Festlegung der Gerätemiete und sonstige Bestimmungen, die im Einzelfall notwendig oder sinnvoll sind.³⁷

Im Gegensatz dazu weist der deutsche Muster-Bietergemeinschaftsvertrag des Hauptverbands der deutschen Bauindustrie eine wesentlich höhere Regelungsdichte auf und schließt schon alle relevanten Punkte des späteren ARGE-Vertrags ein.³⁸

Der eigentliche ARGE-Vertrag ist demgegenüber naturgemäß weitaus detaillierter. Neben Abschlussformalitäten und der Vertragslaufzeit finden sich im ARGE-Mustervertrag Regelungen zu Einlage- und Beitragspflichten, Gewinn- und Verlustbeteiligung, Haftung im Innen- und Außenverhältnis, Organe und Willensbildung, personalrechtliche Regelungen, ggf Regelungen betreffend die Vergabe von Subunternehmerleistungen, Festlegung, unter welchen Voraussetzungen der Ausschluss und das Ausscheiden eines Gesellschafters möglich ist, und diesbezüglicher Konsequenzen sowie ggf eine Schiedsklausel.³⁹

3.3 DIE EWIV

Neben der Gesellschaftsform der GesbR kommt für ARGE der Bauwirtschaft auch die Gründung einer EWIV in Betracht, was seit 1.10.1995 in Österreich möglich ist. Diese Gesellschaftsform ist in der Praxis deutlich unterrepräsentiert⁴⁰, was vor allem darauf zurückzuführen ist, dass aufgrund geringer grenzüberschreitender Auftragsvergabe ein Kooperationsmodell über die

³⁷ Vgl das ARGE-Vorvertragsmuster des VIBÖ: www.viboe.at/downloads/48/avvt98.pdf (13.10.2008).

³⁸ Bärwaldt in Müller/Hoffmann, Handbuch der Personengesellschaften, § 17, Rz 28 f.

³⁹ Siehe etwa das Handbuch für Bau-Arbeitsgemeinschaften des VIBÖ: www.viboe.at/downloads/49/handbuch_bau-argen_stand_2005_05_nur_bildschirmansicht.pdf (13.10.2008).

⁴⁰ Vgl Reich-Rohrwig, ecolex-Script 2002/23.

Ländergrenzen hinweg *de facto* nicht benötigt wird, auch wenn es grundsätzlich geeignet wäre, diese Funktion zu erfüllen.

3.3.1 RECHTSGRUNDLAGEN UND VORTEILE DER EWIV

Die EWIV ist eine eigenständige Rechtsform europäischen Rechts, deren oberste Rechtsgrundlage die Verordnung (EWG) Nr 2137/85 des Rates vom 25.7.1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessensvereinigung darstellt. Die EWIV ist somit die erste echte supranationale Gesellschaftsform.⁴¹

Das Regelungsziel der EWIV war und ist die Verwirklichung des Binnenmarktes, da ein Wirtschaftsraum ohne Binnengrenzen nur dann entstehen kann, wenn die Rahmenbedingungen für die Unternehmen im Wesentlichen gleich sind. Durch die Einführung der EWIV soll die grenzüberschreitende Zusammenarbeit ermöglicht werden.⁴² Der Vorteil liegt darin, dass die Zusammenarbeit über Ländergrenzen hinweg in dieser Form zumeist nicht mit der Unterwerfung eines der Kooperationspartner unter für ihn unbekanntes nationales Recht verbunden ist.⁴³

Die europäische Gesetzgebung enthält nur das juristische Grundgerüst; dem nationalen Recht ist die konkrete Ausgestaltung vorbehalten, weswegen in Österreich das EWIV-Ausführungsgesetz⁴⁴ erlassen wurde. Der Hintergrund für die fehlende detaillierte europäischer Vorgabe ist, dass nationale Eigenheiten berücksichtigt werden müssen, damit eine gesamteuropäische Regelung wie diese konsensfähig ist.⁴⁵

Ein großer Vorteil der EWIV ist, wie auch der GesbR, die Flexibilität, wodurch ermöglicht wird, den Gründungsvertrag auf die konkreten Bedürfnisse

⁴¹ Löffler, Die EWIV, 8.

⁴² Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, 584.

⁴³ Löffler, Die EWIV, 11.

⁴⁴ BGBl 521 1995 idF 120/2005.

⁴⁵ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, 12 f.

abzustimmen und entsprechend zu formulieren, da nur wenige Bestimmungen der Verordnung zwingend sind.⁴⁶

3.3.2 VORAUSSETZUNG UND ZWECK DER GRÜNDUNG EINER EWIV

Voraussetzung und Zweck der Gründung einer EWIV ist nach Art 4 Abs 2 EWIV-VO, dass sie zumindest aus zwei juristischen Einheiten oder natürlichen Personen besteht, die ihre Hauptverwaltung in verschiedenen Mitgliedstaaten haben oder ihre Haupttätigkeit in verschiedenen Mitgliedstaaten ausüben - die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Mitglieder einer EWIV soll so erleichtert werden.⁴⁷

Daneben darf die EWIV nur eine "*Hilfstätigkeit*" ausüben; sie hat den Zweck, die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder zu erleichtern oder zu entwickeln sowie die Ergebnisse dieser Tätigkeit zu verbessern oder zu steigern; sie hat jedoch nicht den Zweck, Gewinn für sich selbst zu erzielen. Zudem muss nach Art 3 ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder stehen. Damit soll verhindert werden, dass die EWIV in Konkurrenz zu nationalen Gesellschaftsformen tritt.⁴⁸

Der Begriff der "*Hilfstätigkeit*" ist jedoch nicht so zu verstehen, dass nur nebensächliche Tätigkeiten davon umfasst wären; vielmehr ist gerade an Tätigkeiten zu denken, die ein Mitglied allein gar nicht ausführen könnte. Aus diesem Grund wird auch der Zusammenschluss von mehreren Bauunternehmen zur Abwicklung und Koordinierung eines größeren Bauvorhabens als möglicher Anwendungsbereich einer EWIV genannt.

⁴⁶ Löffler, Die EWIV, 4.

⁴⁷ Neßler, ZfRV 2000, 1.

⁴⁸ Löffler, Die EWIV, 23.

3.3.3 HAFTUNG

Die für Auftraggeber und –nehmer besonders wichtige Haftungsfrage ist ebenso geregelt wie jene der GesbR; demnach besteht nach Art 24 EWIV-VO eine unbeschränkte und gesamtschuldnerische Haftung jedes Mitglieds für Verbindlichkeiten der EWIV, wobei Vereinbarungen möglich sind, nach denen zwischen der Vereinigung und einzelnen Gläubigern die Haftung eines oder mehrerer Mitglieder ausgeschlossen oder vertraglich beschränkt wird.⁴⁹

3.3.4 EWIV ODER GESBR?

Die Frage danach, ob einer EWIV eine "bessere" Gesellschaftsform als die GesbR darstellt, erübrigt sich, da die EWIV gerade nicht geschaffen wurde, um in Konkurrenz zu nationalen Gesellschaftsformen zu treten. Vielmehr kann eine EWIV eine ARGE-GesbR nicht ersetzen, sondern nur ein zusätzliches, grenzüberschreitendes Kontrollinstrument darstellen, etwa als Koordinationsgerüst großer Bauvorhaben, was auch der Grund ist, weswegen die EWIV deutlich unterrepräsentiert ist.⁵⁰

Für grenzüberschreitende Kooperationen stellt die EWIV jedoch eine vorteilhafte Gesellschaftsform dar. Eine stärkere Durchsetzung dieser Gesellschaftsform sollte gefördert werden, was im Ergebnis vor allem durch eine Förderung der grenzüberschreitenden Auftragsvergabe im Allgemeinen erreicht werden könnte.

⁴⁹ Löffler, Die EWIV, 135.

⁵⁰ Straube in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, I, 5.1.5.

4. KARTELLRECHTLICHE BETRACHTUNG

Mit 1. Januar 2006 ist in Österreich das KartG 2005⁵¹ in Kraft getreten, womit das österreichische Kartellrecht weitgehend an die in den Art 81 und 82 EGV enthaltenen Wettbewerbsregeln und an die zur Durchführung dieser Regeln erlassene Verordnung Nr 1/2003 angeglichen wurde. Da die europäische Gesetzgebung und deren Auslegung durch die europäischen Gerichte auch für die Auslegung des nationalen Kartellrechts wesentlich sind⁵², sollen in einem ersten Schritt die einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen erläutert werden.

Einleitend ist festzuhalten, dass grundsätzlich nur BIEGE bzw aus BIEGE entstandene ARGE im vergaberechtlichen Kontext kartellrechtlich bedenklich sind, da ein Zusammenschluss in eine ARGE ohne Vergabeverfahren grundsätzlich keine Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Wenn in der Folge also kurz von ARGE gesprochen wird, sind damit solche im vergaberechtlichen Kontext und somit auch BIEGE gemeint.

4.1 DAS EUROPÄISCHE KARTELLRECHT

Die für die Wettbewerbspolitik der EU wesentlichste Bestimmung findet sich in Art 4 in Verbindung mit Art 14 EGV, in denen der EWR-Vertrag als Ziel die Schaffung eines europäischen Binnenmarktes auf der Grundlage einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb festlegt. Damit bekennt sich die Gemeinschaft zu einem marktwirtschaftlichen System, wodurch dem einzelnen Marktbürger nicht nur der größtmögliche Freiheitsraum für eigenverantwortliche, selbständige Tätigkeiten zugesichert werden soll, sondern daneben die wirtschaftliche Aktivität stimuliert werden soll.⁵³ Gemäß Art 3 Abs 1 lit g wird der unverfälschte Wettbewerb zum Wesensmerkmal des Binnenmarktes erklärt.

⁵¹ BGBl I Nr 61/2005.

⁵² Vgl etwa OGH als KOG 26.6.2006, 16 Ok 51/05. In der zitierten Entscheidung führt der OGH aus, dass es angezeigt sei "zur Auslegung der §§ 1 Abs 1 und 2, § 2 Abs 1 KartG die Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsorgane zu Art 81 EGV heranzuziehen".

⁵³ Wollmann in Mayer, Kommentar zu EUV und EGV, Art 81, 72. Lfg, Rn 1 f.

Nach Art 4 EGV haben sich die Mitgliedstaaten "*dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb*" verpflichtet. Die Wettbewerbsregeln der EU – dessen Kern das Verbot von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nach Art 81 EGV darstellt – bilden einen wichtigen gesetzlichen Rahmen, um die wirtschaftspolitischen Ziele der EU, allen voran die Schaffung eines Binnenmarktes, zu verwirklichen.⁵⁴

4.1.1 RECHTSGRUNDLAGEN

Die wesentlichen Wettbewerbsregeln der EU finden sich in den Art 81 bis 89 EGV. Die Art 81 und 82 EGV enthalten allgemeine Rechtsgrundsätze, welche überwiegend mit unmittelbarer Wirkung ausgestattet sind. Zu ihrer vollen Verwirklichung sind weitere Durchführungsbestimmungen notwendig. Aus diesem Grund sieht Art 83 vor, dass Ergänzungen im Wege von Verordnungen und Richtlinien vom Rat mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments beschlossen werden können, wobei es mittlerweile eine Vielzahl von Verordnungen und Richtlinien gibt. Exemplarisch sind zu nennen die VO 1/2003 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, mit welcher das europäische Kartellrecht grundlegend reformiert wurde und die VO 139/2004, durch welche die VO (EWG) 4062/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen neu gefasst wurde.

Eine maßgebliche Bedeutung zur Auslegung der europäischen Wettbewerbsregeln hat die die Rechtsprechung des EuGH. Die das Gemeinschaftsrecht auslegenden Urteile des EuGH genießen als Teil des primären Gemeinschaftsrechts Vorrang vor sekundärem Gemeinschaftsrecht und vor nationalem Recht.⁵⁵

Neben den förmlichen Rechtsakten des Rates und der Kommission gibt es verschiedene Bekanntmachungen, Mitteilungen und Leitlinien der Kommission, welche als Interpretationshilfen dienen, die jedoch weder für die

⁵⁴ Immenga/Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 1, Rz 2 ff.

⁵⁵ Immenga/Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 2, Rz 7.

Gemeinschaftsgerichte, noch für die nationalen Gerichte rechtsverbindlich sind. Durch ihre Bekanntmachungen bindet sich demgegenüber die Kommission selber, da sie in ihren Entscheidungen an ihrer zuvor geäußerten Rechtsauffassung festhalten muss, sofern keine zwingenden Gründe entgegenstehen.⁵⁶ Von besonderer Bedeutung sind in gegebenen Zusammenhang die Leitlinien der Kommission über horizontale Zusammenarbeit.⁵⁷

4.1.2 DIE REICHWEITE DES EUROPÄISCHEN KARTELLRECHTS

Nach Art 299 EGV gelten die Kartellvorschriften in allen Mitgliedstaaten – und damit auch in Österreich. Voraussetzung der Anwendbarkeit von Art 81 EGV ist jedoch nicht, dass betroffene Unternehmen ihren Sitz in einem der Mitgliedstaaten haben, vielmehr kommt es zum einen auf die spürbare Auswirkung (**Auswirkungsprinzip**)⁵⁸ der Verhaltensweisen auf den Markt sowie auf die Wettbewerbsverhältnisse der EG an und zum anderen, dass diese in einer Weise beeinflusst werden, die der Verwirklichung der Ziele des Gemeinsamen Marktes entgegenstehen.⁵⁹ Sachverhalte mit Bezug zum EG-Außenhandel sind ebenfalls vom Anwendungsbereich von Art 81 EGV umfasst.⁶⁰

Allerdings hat es der EuGH bislang vermieden, in seinen Entscheidungen die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts mit dem Auswirkungsprinzip zu begründen, wohlmöglich um Konfliktsituationen mit Drittstaaten zu vermeiden. Vielmehr stützt er sich auf das völkerrechtlich anerkannte Territorialitätsprinzip,

⁵⁶ Vgl etwa GA Warner, SA, *Miller International*, RS 19/77, Slg 1978, 153, 157 f.

⁵⁷ Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art 81 EGV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, 2001/C 3/02, ABl C 3 vom 6.1.2001, 2.

⁵⁸ Das Auswirkungsprinzip bringt allerdings auch das Risiko von Konflikten mit Drittstaaten über die Reichweite des Gemeinschaftsrechts mit sich. Dennoch ist das Auswirkungsprinzip sinnvoll, da eben der Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes geschützt wird. Das Auswirkungsprinzip findet sich zudem auch in anderen Kartellrechtsordnungen wie im US-amerikanischen Antitrustrecht sowie im deutschen Kartellrecht (Vgl *Mäger* in *Mäger*, *Europäisches Kartellrecht*, 6, Rz 18 ff).

⁵⁹ *Brinker* in *Schwarze*, EU-Kommentar, Art 81 EGV, Rz 21, der sich auf die Entscheidungen des EuGH 29.9.1988, *Ahlström ua*, RS C 89/85, Slg 1988, 5233 und vom 28.04.1998 *Javico ua/Yves Saint Laurent Parfums*, RS C-306/96, Slg 1998, I-01983 Rn 25 bezieht.

⁶⁰ *Von der Groeben/Schwarze*, EUV und EGV, Vorbemerkung zu den Art 81 bis 89, Rz 61 f.

um so die Handlungen einer in der EU ansässigen Tochtergesellschaft der im Drittland ansässigen Muttergesellschaft zuzurechnen.⁶¹

4.1.3 DAS KARTELLVERBOT NACH ART 81 ABS 1

Art 81 Abs 1 EGV statuiert ein allgemeines Kartellverbot; demnach sind *"mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten [...] alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken"*, wobei exemplarisch Verhaltensweisen aufgezählt werden, die jedenfalls als Verstoß gegen das Kartellverbot zu verstehen sind. Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, die ein Kartell im Sinne des Art 81 Abs 1 EGV darstellen – und nicht die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands von Art 81 Abs 3 EGV erfüllen – sind gemäß Art 81 Abs 2 EGV nichtig.

Das Kartellverbot von Art 81 EGV ist die zentrale wettbewerbsrechtliche Bestimmung für die vorliegende Arbeit, da der Zusammenschluss in einer ARGE als Vereinbarung zwischen Unternehmen grundsätzlich ein Kartell darstellen kann.

4.1.3.1 BEEINTRÄCHTIGUNG ZWISCHENSTAATLICHEN HANDELS

Vorraussetzung für die Anwendung von Art 81 ist eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels (Zwischenstaatlichkeitsklausel) – ist dies nicht der Fall kommen ausschließlich mitgliedstaatliche Regelungen zur Anwendung. Durch die Zwischenstaatlichkeitsklausel wird einerseits der Anwendungsbereich

⁶¹ Eilmansberger et al, Materielles Europarecht, 196.

des europäischen Kartellrechts abgegrenzt, andererseits handelt es sich um ein materielles Tatbestandsmerkmal.⁶²

Der Begriff des "Handels" ist nicht auf den grenzüberschreitenden Austausch von Waren und Dienstleistungen beschränkt. Es sind vielmehr alle grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeiten einschließlich der Niederlassung und darüber hinaus der gesamte Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten umfasst.⁶³ Bezogen auf das zugrunde liegende Thema ist festzuhalten, dass jedenfalls auch Tätigkeiten im Bereich der Bauwirtschaft unter den Begriff des "Handels" fallen können.

Die Europäische Kommission hat das Kriterium der Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels immer weit interpretiert, wobei der EuGH diese Auslegung teilt. Schon eine potentielle Beeinflussung zwischenstaatlichen Handels reicht, um dieses Kriterium zu erfüllen, wobei es nicht nur auf den gesamten Vertrag, sondern auch auf einzelnen Klauseln und deren Wirkung ankommt⁶⁴ – es ist also nicht notwendig, dass jeder einzelne Teil der Vereinbarung dieses Kriterium erfüllt. Umgekehrt ist aber auch dann das Zwischenstaatlichkeitskriterium erfüllt, wenn die in Frage stehende Vereinbarung Teil eines Vertragsbündels ist und dieses geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinflussen.⁶⁵ Unerheblich ist, ob sich die Beschränkung im Ergebnis handelsfördernd oder –hemmend auswirkt, vielmehr ist der Begriff der Beeinträchtigung wertneutral im Sinne der Beeinflussung zu interpretieren.⁶⁶

⁶² Stockmann in Wiedemann (Hrsg), Handbuch des Kartellrechts, § 7 Rz 24.

⁶³ Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, 2004/C 101/07, Rn 19 ("Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handel").

⁶⁴ Vgl. EuGH 25.2.1986, *Windsurfing International gegen Kommission*, RS 193/83, Slg 1986, 61.

⁶⁵ Mäger in Mäger, Europäisches Kartellrecht, 18, Rz 70 ff.

⁶⁶ Stockmann in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 7, Rz 25.

Ein konkreter Nachweis, dass die Vereinbarung den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigt oder beeinträchtigt hat, ist nicht notwendig, worauf die Formulierung "zu beeinträchtigen geeignet" hinweist.⁶⁷

In seiner Entscheidung vom 17.10.1972, *Vereinigung van Cementhandelaren*, hat der EuGH festgestellt, dass auch solche nationalen Vereinbarungen unter Art 81 EGV fallen können, die sich nur auf das Staatsgebiet eines Mitgliedstaates beziehen, da ein Kartell, welches sich auf das Gebiet eines Mitgliedstaates erstreckt, schon seinem Wesen nach die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene bewirkt. Selbst das Argument der Klägerin, nach der in Holland, worauf sich die Vereinbarung bezog, im betreffenden Wirtschaftssektor Einfuhrbedarf bestünde, konnte den Gerichtshof nicht überzeugen.⁶⁸

Für einzelne, an der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkende Unternehmen ist Art 81 EGV auch dann anwendbar, wenn der eigene Beitrag nicht geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.⁶⁹

Vergabeverfahren die gemeinschaftsweit bekannt gemacht werden, erfüllen jedenfalls die Zwischenstaatlichkeitsklausel und zwar wohl auch dann, wenn die Vergabeverfahren gemäß § 49 BVergG 2006 bzw für Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich nach § 210 BVergG 2006 freiwillig auf Gemeinschaftsebene bekannt gemacht werden. Jedenfalls ist bei einer verpflichtenden Bekanntmachung nach § 50 BVergG 2006 bzw für Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich nach § 211 BVergG 2006 davon auszugehen, dass das Zwischenstaatlichkeitskriterium erfüllt ist. Konkret bedeutet dies für ARGE, dass für deren Zulässigkeit – sofern es sich um einen Auftrag handelt, der gemeinschaftsweit bekannt gemacht worden ist – die Regelungen des EG Kartellrechts ausschlaggebend sind.

⁶⁷ *Schnelle et al*, EU-Kartellverfahrensrecht, 40.

⁶⁸ EuGH 17.10.1972, *Vereinigung van Cementhandelaren*, RS 8/72, Slg 1972, 977, Rn 28.

⁶⁹ EuG 24.10.1991, *Petrofina SA gegen Kommission*, RS T-2/89, Slg 1991, II-1087, Rn 226.

4.1.3.1.1 SPÜRBARKEIT

Ein weiteres Element der Beeinträchtigung mitgliedstaatlichen Handelns ist die spürbare Auswirkung auf denselben. Das Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit ist differenziert zu betrachten, da die Spürbarkeit nicht nur im Zusammenhang mit der Zwischenstaatlichkeitsklausel zu beachten ist, sondern auch in Verbindung mit der Wettbewerbsbeschränkung als solcher, wobei die Kommission beide Elemente der Spürbarkeit erst seit einiger Zeit begrifflich trennt.⁷⁰ Bei der Beurteilung ob der zwischenstaatliche Handel spürbar beeinträchtigt wird liefern quantitative Kriterien wie der Umsatz und der Marktanteil der beteiligten Unternehmen notwendige Anhaltspunkte.

Wie der EuGH bereits in seiner Entscheidung *Miller International*⁷¹ aus dem Jahre 1978 festgestellt hat, kann ein Marktanteil von etwa 5% als ausreichend erachtet werden, um zu begründen, dass eine Vereinbarung oder Verhaltensweise geeignet ist, sich auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar auszuwirken. Die Kommission hat in der Folge mehrere Bekanntmachungen über Vereinbarungen mit geringer Bedeutung veröffentlicht. 2001 wurde mit der *de minimis* Bekanntmachung⁷² jene von 1997⁷³ ersetzt und zugleich eine formale Differenzierung zwischen der spürbaren Auswirkung einer Wettbewerbsbeschränkung und der spürbaren Auswirkung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten vorgenommen; letztere behandelt die Kommission in den Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handeln.

In den Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handeln hat die Kommission Kriterien zu einer Regel zusammengefasst, nach der die widerlegbare Vermutung

⁷⁰ *Mäger in Mäger*, Europäisches Kartellrecht, 19, Rz 74 ff.

⁷¹ EuGH 1.2.1978, *Miller International*, RS 19/77, Slg 1978, 131, Rn 15.

⁷² Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (*de minimis*), 2001/C 368/07 ("*de minimis* Bekanntmachung").

⁷³ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung die nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft fallen, ABl C 372 vom 9.12.1997, 13–15.

aufgestellt werden kann, dass die betroffene Vereinbarung nicht geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. (No Appreciable Affection of Trade, NAAT-Regel). In diesen Fällen wird die Kommission in der Regel weder von Amts wegen, noch auf Antrag ein Verfahren einleiten.⁷⁴ Geprüft wird nach quantitativen Kriterien. Nach den Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handel⁷⁵ geht die Kommission davon aus, dass solche Vereinbarungen grundsätzlich nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, wenn

- der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt innerhalb der Gemeinschaft 5% überschreitet, und
- der gesamte Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft mit den von der Vereinbarung umfassten Waren den Betrag von € 40 Mio nicht überschreitet, wobei dies bei horizontalen Vereinbarungen für den gesamten Jahresumsatz der betroffenen Unternehmen mit den von der Vereinbarung umfassten Produkten gilt. Bei vertikalen Vereinbarungen kommt es hingegen auf den Jahresumsatz der Lieferanten mit den von der Vereinbarung umfassten Produkten an. Bei Bezugsvereinbarungen, die hinsichtlich der Nachfragemacht Bedenken aufwerfen, ist der Umsatz des Käufers maßgeblich.

Auch Vereinbarungen von kleinen und mittleren Unternehmen sind nach Ansicht der Kommission in der Regel nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Bei kleinen und mittleren Unternehmen handelt es sich nach Art 2 der neuen Empfehlung 2003/361/EG⁷⁶ der Kommission um Unternehmen, die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen

⁷⁴ Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handeln, Rn 50.

⁷⁵ Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handeln, Rn 52.

⁷⁶ Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl L 124 vom 20.5.2003, S. 36–41.

und deren Jahresumsatz höchstens € 50 Mio beträgt oder deren Bilanzsumme € 43 Mio nicht übersteigt.⁷⁷

Je höher der Marktanteil des betroffenen Unternehmens ist, desto wahrscheinlicher ist eine Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels. Bei solchen Vereinbarungen, die dem Wesen nach geeignet sind den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, ist die Schwelle niedriger anzusetzen.⁷⁸ Eine positive Vermutung der Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels oberhalb der Schwellenwerte gibt es nicht.

4.1.3.2 DIE NORMADRESSATEN

Adressat von Art 81 EGV sind Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, wobei der Unternehmensbegriff – der nicht von Art 81 Abs 1 definiert ist – weit zu verstehen und funktional hinsichtlich des Sinns und Zecks der EG-Wettbewerbsregeln zu verstehen ist.⁷⁹ Nach der ständigen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte umfasst *"der Begriff des Unternehmens im gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht [...] jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung"*⁸⁰. Es kommt auf das Erbringen einer wirtschaftlichen Leistung gegen Entgelt an, wobei dies in der Regel mit Gewinnabsicht verbunden ist.⁸¹

Unternehmensvereinigungen sind als solche keine Unternehmen, vielmehr bestehen sie aus mehreren Unternehmen. Bei einer Unternehmensvereinigung handelt es sich dann um ein Unternehmen, wenn die Vereinigung Tätigkeiten im eigenen Interesse verfolgt und eigene wirtschaftliche Tätigkeiten wahrnimmt.

⁷⁷ Bei der Umsatzberechnung ist zu beachten, dass auch der Umsatz von verbundenen Unternehmen (ab einer Beteiligung von 25%) einzubeziehen ist.

⁷⁸ Kommission, Leitlinien zum zwischen staatlichen Handeln, Rn 45 f.

⁷⁹ *Bunte in Langen/Bunte*, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 49, Rz 5.

⁸⁰ Siehe etwa EuG 12.12.2000, *Aéroports de Paris gegen Kommission*, RS T-128/98, Slg, 2000, II-3929, Rn 107.

⁸¹ *Bunte in Langen/Bunte*, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 49, Rz 5

Unternehmensvereinigungen sind Zusammenschlüssen derartiger Vereinigungen gleichgestellt.⁸²

Die Abgrenzung zwischen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ist im Ergebnis nur hinsichtlich des Wortlauts von Art 81 EGV relevant, nachdem wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen von Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen untersagt sind. Unternehmensvereinigungen können sich jedoch auch an wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen beteiligen und dadurch Einfluss auf das Verhalten ihrer Mitglieder nehmen. Auch auf diese Fälle findet Art 81 EGV nach der europäischen Rechtsprechung – entgegen dem Wortlaut – Anwendung.⁸³

Die Mitglieder einer ARGE (Bauunternehmen) erfüllen wohl in aller Regel den Unternehmensbegriff, weswegen sie als Unternehmen im Sinne von Art 81 Abs 1 EGV mit ihren Vereinbarungen – insbesondere mit dem, die ARGE begründenden Gesellschaftsvertrag – dem Kartellverbot von Art 81 EGV unterliegen.

4.1.3.3 VERBOTENE FORMEN WETTBEWERBSWIDRIGEN ZUSAMMENWIRKENS

Das Kartellverbot von Art 81 Abs 1 EGV umfasst Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen, wobei die dritte Variante, der Begriff des abgestimmten Verhaltens als Auffangtatbestand zu verstehen ist, um jegliche Form der Verhaltenskoordinierung in den Anwendungsbereich von Art 81 Abs 1 EGV einbeziehen zu können.⁸⁴

Aufgrund der mangelnden theoretischen Relevanz der Unterscheidung zwischen Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen für das

⁸² Bunte in *Langen/Bunte*, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 49, Rz 5

⁸³ Emmerich in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 147, Rz 46, zu EuG 23.2.1994, CB, Slg 1994 II, 80 f.

⁸⁴ Eilmansberger in *Streinz*, EUV/EGV, Art 81 EGV, Rz 16.

zugrunde liegende Thema und zumal auch in der gemeinschaftsrechtlichen Praxis oftmals der Oberbegriff der Vereinbarung gewählt wird, um alle verbotenen Formen wettbewerbswidrigen Verhalten zu umschreiben, soll auch im Rahmen dieser Arbeit eine detaillierte Unterscheidung unterbleiben. Wenn im Folgenden von einer Vereinbarung gesprochen wird, sind gleichfalls Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen darunter zu verstehen.

Art 81 Abs 1 EGV wendet sich gegen alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen von Unternehmen, wobei der Begriff der Vereinbarung weitgehend dem Verständnis von einem zivilrechtlichen Vertrag in den Mitgliedstaaten, folglich auch der österreichischen Definition eines zivilrechtlichen Vertrages nach § 861 ABGB entspricht.⁸⁵ Allerdings ist der Begriff der Vereinbarung nach Art 81 EGV weiter auszulegen – eine Vereinbarung liegt nach Gemeinschaftsrecht dann vor, wenn Unternehmen zum Ausdruck gebracht haben, sich in einer bestimmten Weise auf dem Markt zu verhalten.⁸⁶ Auch "*gentlemen's agreements*" sind, sofern sie nicht als Vereinbarung betrachtet werden, jedenfalls als abgestimmte Verhaltensweise einzustufen.⁸⁷

Ein die ARGE gründender Gesellschaftsvertrag ist jedenfalls eine klassische Vereinbarung im Sinne von Art 81 EGV und ist dann verboten, wenn der Vertrag eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb der Grenzen des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt und nicht die Voraussetzung der Ausnahmeregelung des Art 81 Abs 3 EGV erfüllt, wobei in der Praxis in der Regel keine Unterscheidung zwischen den Merkmalen der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs vorgenommen wird.⁸⁸

⁸⁵ Zäch, Europäisches Wirtschaftsrecht², Rz 600.

⁸⁶ Mäger in Mäger, Europäisches Kartellrecht, 20, Rz 80.

⁸⁷ Slot/Johnston, Competition Law, 56; Bunte in Langen/Bunte, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 61, Rz 20a.

⁸⁸ Mäger in Mäger, Europäisches Kartellrecht, 22, Rz 87. Siehe hierzu sogleich unten unter 4.1.3.4.

4.1.3.4 WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

Zentralbegriff von Art 81 Abs 1 EGV und auch das am schwersten zu fassende Tatbestandsmerkmal ist die Wettbewerbsbeschränkung. Unter einer Wettbewerbsbeschränkung ist nach Art 81 Abs 1 EGV die bezweckte oder bewirkte Einschränkung, Verhinderung oder Verfälschung des Wettbewerbes zu verstehen.

Unter Verhinderung ist eine besonders schwerwiegende Form der Wettbewerbsbeschränkung zu verstehen, nämlich der totale Ausschluss des Wettbewerbs, wohingegen für die Annahme einer Einschränkung des Wettbewerbs schon jede spürbare Wettbewerbsbeschränkung genügt. Eine Verfälschung des Wettbewerbs liegt vor, wenn sich die Kartellregelung nicht unmittelbar, sondern mittelbar auf das Marktverhalten bezieht, indem sie die Wettbewerbsbedingungen künstlich verändert und damit den Wettbewerbsanreiz mindert.⁸⁹

In der Diskussion um den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung nach Gemeinschaftsrecht haben sich zwei entgegen gesetzte Konzepte herauskristallisiert. Das "traditionelle" Konzept legt dabei das Schwergewicht auf die Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der an der Maßnahme beteiligten Unternehmen; demgegenüber legt das "moderne" Konzept den Akzent auf die Auswirkungen der fraglichen Maßnahme auf die Wahl- oder Betätigungsmöglichkeit Dritter.

Weder die Praxis der Gemeinschaftsgerichte, noch die der Kommission sind diesbezüglich einheitlich. Anfangs lag das Augenmerk des EuGH auf der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Unternehmen, was sich insbesondere in dem von EuGH entwickelten Selbständigkeitspostulat erkennen lässt.⁹⁰ Nach dem Selbständigkeitspostulat ist jede unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme

⁸⁹ Bunte in *Langen/Bunte*, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 93, Rn 59.

⁹⁰ Siehe etwa EuGH 16.12.1975, *Zucker*, Verbundene RS 40 - 48, 50, 54 - 56, 111, 113, 114-73, Slg 1975, 01663.

zwischen Unternehmen unzulässig, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerbs zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Marktverhalten, das man zu Setzen gedenkt oder in Erwägung zieht, in Kenntnis zu setzen.⁹¹ Demgegenüber unterscheidet der Gerichtshof jedoch auch zwischen schutzwürdigen und nicht schutzwürdigen Formen des Wettbewerbs, und zwar mit dem Zweck, bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen, die für den Gerichtshof im Interesse der Förderung des Binnenmarktkonzepts besonders förderungswürdig erscheinen, aus dem Anwendungsbereich des Art 81 Abs 1 EGV wieder herauszunehmen.⁹² Folglich knüpft der Gerichtshof, wie es auch der Sache nach geboten ist, letztlich an die Zielsetzung des EGV und den Zweck der Wettbewerbsregeln an, um den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung zu präzisieren.

In jüngster Zeit ist vermehrt eine Entwicklung dahingehend zu beobachten, dass auf die Auswirkungen auf Dritte ein verstärktes Augenmerk gelegt wird, auch wenn nach wie vor die Handlungsfreiheit im Rahmen einer Beurteilung nach Art 81 EGV im Vordergrund steht. Dieser "Trend" zeigt sich etwa in dem von der Kommission verfolgten *more economic approach*, nach der die Auswirkungen von Kartellen auf Dritte in das Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt sind.⁹³

4.1.3.4.1 SCHUTZZWECK

Wie schon unter 4.1 ausgeführt wurde soll mit dem Kartellverbot von Art 81 Abs 1 EGV das Ziel verfolgt werden, den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft zu schützen, wobei der Begriff des Wettbewerbes in den europäischen Wettbewerbsbestimmungen nicht definiert wird. Geschützt wird der Leistungswettbewerb, also der Wettstreit zwischen verschiedenen Anbietern von Produkten und Dienstleistungen auf der Grundlage eines in Hinblick auf Preis und

⁹¹ Bunte in Langen/Bunte, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 68, Rn 29.

⁹² Emmerich, Kartellrecht⁹, 392.

⁹³ Vgl. Emmerich, Kartellrecht⁹, 391 f sowie Zimmer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 284, Rz 408.

Qualität möglichst attraktiven Angebotes.⁹⁴ Es soll der freie, redliche, unverfälschte und wirksame Wettbewerb, und im Kern die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Unternehmen geschützt werden. Es kommt auf den funktionsfähigen und wirksamen Wettbewerb an, der als Grundsatz des Gemeinschaftsrechts Voraussetzung für die Durchsetzung der Ziele des EGV ist, allen voran der Herstellung von Binnenmarktverhältnissen in der Gemeinschaft.⁹⁵

Schutzwürdig ist der Wettbewerb auf allen Handelsstufen und in all seinen Erscheinungsformen, ohne dass es einen Vorrang etwa des Preiswettbewerbs gäbe, was sich schon dahingehend erklären lässt, dass auf unterschiedlichen Märkten – je nach Rahmenbedingung – andere Wettbewerbsformen, wie der Produkt- oder Werbungswettbewerb im Vordergrund stehen.⁹⁶

4.1.3.4.2 HORIZONTALE UND VERTIKALE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

Wettbewerbsbeschränkungen können in der Form von Vereinbarungen zwischen Unternehmen verwirklicht werden, die auf derselben Produktions- und Vertriebsstufe (horizontale Wettbewerbsbeschränkung) aktiv sind oder zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen tätig sind (vertikal Wettbewerbsbeschränkung), etwa durch Alleinvertriebsverträge oder selektive Vertriebssysteme oder in solchen Verträgen enthaltene Klauseln.⁹⁷ Da horizontale Vereinbarungen die Handlungsfreiheit mindestens eines der beteiligten Unternehmen einschränken, unterzieht die Kommission die horizontale Zusammenarbeit von Unternehmen tendenziell einer stärkeren Kontrolle als die vertikale.⁹⁸

⁹⁴ *Eilmansberger in Streinz, EUV/EGV, Art 81, Rz 37.*

⁹⁵ *Bunte in Langen/Bunte, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 76, Rz 37.*

⁹⁶ *Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 180, Rz 138.*

⁹⁷ *Zäch, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts², 298.*

⁹⁸ *Frenz, Handbuch, Band 2, Europäisches Kartellrecht, 198, Rz 537.*

Für die vorliegende Arbeit sind horizontale Wettbewerbsbeschränkungen von Bedeutung, da der Zusammenschluss in eine ARGE mit einer horizontalen Wettbewerbsbeschränkung verbunden sein kann.

4.1.3.4.3 AKTUELLE UND POTENTIELLE WETTBEWERBER

Neben dem schon bestehenden tatsächlichen Wettbewerb ist auch der potentielle Wettbewerb vom Schutzzweck des Art 81 EGV umfasst. Nach den Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit⁹⁹ sind unter potentiellen Wettbewerbern solche Unternehmen zu verstehen, die ohne die Vereinbarung die notwendigen zusätzlichen Investitionen und andere erforderliche Umstellungskosten auf sich nehmen könnten und wohl auch würden, um als Gegenwirkung auf eine geringfügige, aber dauerhafte Erhöhung der relativen Preise gegebenenfalls in den Markt einzutreten. Wenn sich Unternehmen ohne zu hohe Investitionen auf das betreffende Gebiet (den sachlich und geographisch relevanten Markt) ausdehnen können oder sofern sie über die Finanzkraft verfügen, andere Märkte zu erschließen und dies auch eine vorhersehbare Ausweitung ihrer Geschäftstätigkeit darstellt, handelt es sich um potentielle Wettbewerber.¹⁰⁰

Bei der Beurteilung, ob aktueller oder potentieller Wettbewerb vorliegt, wird nicht auf den gesamten Tätigkeitsbereich der Kooperationspartner abgestellt, sondern nur darauf, ob unter Bedachtnahme der konkreten Umstände hinsichtlich der in Frage stehenden Produkte oder Dienstleistungen Wettbewerb besteht oder möglich wäre.¹⁰¹

Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern unterliegen hingegen grundsätzlich nicht Art 81 Abs 1 EGV.

⁹⁹ Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl Nr C 266 vom 31.10.2002, 1 – 33 ("Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit").

¹⁰⁰ Braun in Langen/Bunte, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 91, Rz 56.

¹⁰¹ Ibid, 211, Rz 57.

Die Differenzierung, ob eine Vereinbarung zwischen aktuellen bzw potentiellen Wettbewerbern oder zwischen Unternehmen, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen, geschlossen wurde liefert im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von ARGE wesentliche Anhaltspunkte für die Frage, ob es sich bei der ARGE um eine nach Art 81 Abs 1 EGV verbotene Wettbewerbsbeschränkung handelt oder nicht. Denn wenn die Mitglieder einer ARGE nicht miteinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, etwa weil sie faktisch alleine nicht in der Lage sind, ein Angebot einzureichen, löst eine solche Konstellation grundsätzlich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aus, es sei denn, dass die Beteiligten durch die Zusammenarbeit erhebliche Marktmacht erlangen.¹⁰²

4.1.3.4.4 BEZWECKTE UND BEWIRKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

Nach Art 81 Abs 1 EGV sind bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen verboten, wobei es sich bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen um sogenannte Kernbeschränkungen handelt. Wenn nachgewiesen werden kann, dass eine Wettbewerbsbeschränkung durch Festsetzung der Preise, Begrenzung der Produktion oder Aufteilung der Märkte oder Kunden bezweckt wird, ist es nicht notwendig, dass die konkreten Auswirkungen berücksichtigt werden, da bei solchen Kernbeschränkungen (oder Hardcore-Kartellen) von einer – im Hinblick auf die mit den Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft verfolgten Zielen – negativen Auswirkung auf den Markt auszugehen ist. Ein subjektiver auf die Wettbewerbsbeschränkung gerichteter Wille ist nicht notwendig, vielmehr reicht das objektive Merkmal der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkung oder des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks der Vereinbarung aus.¹⁰³

Bei den wichtigsten Kernbeschränkungen handelt es sich um die aufgelisteten Regelbeispiele des Art 81 Abs 1 lit a-c, die als unmittelbare Beschränkung der

¹⁰² Vgl die Entscheidung der Kommission vom 13.07.1990, *Elopak/Metal Box – Odin*, ABl 199 L 209, 0015 – 0022, Rn 24 ff. Siehe dazu im Detail unten unter 4.1.3.4.7.

¹⁰³ *Brinker* in Schwarze, EU-Kommentar, Art 81 EGV, Rz 38.

Handlungsfreiheit der Unternehmen angesehen werden.¹⁰⁴ 81 Abs 1 lit a-c enthält die folgenden Beispiele für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen:

- Die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen (Preiskartelle);
- Die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen (Mengenabsprache); und
- Die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen (Marktaufteilung), worunter auch Submissionsabsprachen zu verstehen sind.

Die Kommission ist der Ansicht, dass *"derartige Beschränkungen wie Preisabsprachen und Marktaufteilung [...] zu einem Rückgang der Produktion und einem Anstieg der Preise [führen], was eine Fehlallokation der Ressourcen zur Folge hat, weil die von den Verbrauchern nachgefragten Waren und Dienstleistungen nicht produziert bzw erbracht werden. Sie führen auch zu einem Rückgang des Wohlstands der Verbraucher, weil diese höhere Preise für die betreffenden Waren und Dienstleistungen bezahlen müssen"*.¹⁰⁵

Schwieriger stellt sich die Analyse solcher Vereinbarungen dar, die für die Unternehmen Mittel zur Herbeiführung leistungssteigerender Ergebnisse sind, aber dennoch aufgrund ihrer Auswirkungen Art 81 Abs 1 EGV unterliegen. In diesen Fällen müssen die tatsächlichen oder potentiell negativen Auswirkungen auf Preise, Produktion, Innovation, Vielzahl und Qualität der Waren und Dienstleistungen untersucht werden, wobei es auf eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs im relevanten Markt¹⁰⁶ ankommt.

¹⁰⁴ Braun in *Langen/Bunte*, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 78, Rz 39.

¹⁰⁵ Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Amtsblatt Nr. C 101 vom 27/04/2004 S. 0097 - 0118, Rn 21 ("Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV").

¹⁰⁶ Siehe unten unter 4.1.3.4.6.

Ob es sich bei einer Vereinbarung um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handelt, ist aufgrund des Inhalts der Vereinbarung zu ermitteln: Wenn die Vereinbarung darauf abzielt, die wirtschaftliche Entschließungs- und Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen einzuschränken und dadurch die Marktverhältnisse zum Nachteil von Abnehmer, Lieferanten und oder Händler verändert, liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung und damit eine Kernbeschränkung vor.¹⁰⁷

Bei dem Zusammenschluss in eine ARGE kommt es unbestreitbar zu einer Beschränkung der Handlungsfreiheit. Dies lässt sich schon aus dem vergaberechtlichen Grundsatz ableiten, dass es den Mitgliedern einer BIEGE nicht gestattet ist, neben der gemeinsamen Beteiligung an der Ausschreibung noch konkurrierende Einzelangebote zu legen oder sich an konkurrierenden BIEGE zu beteiligen.¹⁰⁸

Negative Auswirkungen auf die Marktverhältnisse entstehen hingegen nur, wenn durch die Gründung der ARGE der Parallelwettbewerb im Vergabeverfahren verschlechtert wird, was vereinfacht gesagt dann der Fall ist, wenn aufgrund der Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE insgesamt weniger Angebote erstellt wurden bzw werden konnten.¹⁰⁹ Ist dies jedoch der Fall, handelt es sich bei der ARGE um eine Kernbeschränkung, da mit einer solchen wettbewerbsbeschränkenden ARGE eine Submissionsabsprache, also eine Marktauteilung verwirklicht wird.

4.1.3.4.5 SPÜRBARKEIT DER WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH muss eine Wettbewerbsbeschränkung – auch wenn sie den oben dargestellten Voraussetzungen entspricht – noch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit erfüllen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine

¹⁰⁷ Wollmann in Mayer, Kommentar zu EUV und EGV, Art 81, 72. Lfg, Rz 62.

¹⁰⁸ Siehe unten unter 5.4.1.

¹⁰⁹ Siehe dazu die detaillierten Ausführungen unten unter 4.1.3.4.7.

Kernbeschränkung oder um eine sonstige Wettbewerbsbeschränkung handelt. Mit der Spürbarkeit sind von der Wettbewerbsbeschränkung ausgehende erkennbare Auswirkungen auf Dritte im Sinne einer Beeinträchtigung der ihnen bei Wettbewerb offen stehenden Handlungsalternativen gemeint. Bei dem Kriterium der Spürbarkeit handelt es sich um eine *de minimis* Regelung, durch die verhindert werden soll, dass Art 81 EGV auf Bagatellkartelle im weitesten Sinn angewendet wird.¹¹⁰

Eine in praktischer Hinsicht hilfreiche Interpretationshilfe stellt die *de minimis* Bekanntmachung der Kommission dar, welche Kriterien zur Beurteilung der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung enthält. Die *de minimis* Bekanntmachung enthält Marktanteilsschwellen, bei deren Unterschreiten nach Ansicht der Kommission nicht von Vorliegen des Kriteriums der Spürbarkeit auszugehen ist. Allerdings findet die *de minimis* Bekanntmachung (im Gegensatz zur österreichischen Regelung über Bagatellkartelle) keine Anwendung auf Kernbeschränkungen, die in der schwarzen Liste der Rn. 11 der Bekanntmachung aufgezählt sind, worunter auch Marktaufteilung fällt. Bei Vorliegen einer Kernbeschränkung wird die Kommission auch bei Unterschreiten der Marktanteilsschwellen gegebenenfalls Verfahren eröffnen.¹¹¹

Nach der *de minimis* Bekanntmachung ist die Kommission der Auffassung, dass Vereinbarungen zwischen Unternehmen – sofern sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen – dann keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art 81 Abs 1 EGV darstellen, wenn bei solchen zwischen Wettbewerbern, der von den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte 10 % überschreitet oder bei einer Vereinbarung zwischen Nichtwettbewerbern, der von jedem der beteiligten Unternehmen gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte 15 % überschreitet, wobei im Zweifelsfalls die strengere 10%

¹¹⁰ Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 196, Rz 185.

¹¹¹ Reidlinger/Hartung, Das neue österreichische Kartellrecht, 31.

Schwelle anzunehmen ist. Eine Überschreitung der Prozentsätze um zwei Prozentpunkte innerhalb von zwei Jahren wird toleriert. Im Falle von nebeneinander bestehenden (kumulativen) Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern oder Nichtwettbewerbern, die verschiedene Lieferanten oder Händler für den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen geschlossen haben, wird der Schwellenwert auf 5% herabgesetzt. Unterhalb der Schwellenwerte wird die Kommission ein Verfahren weder von Amts wegen, noch auf Antrag eröffnen. Der Marktanteil ist im Hinblick auf den sachlich und geographisch relevanten Markt zu beurteilen.¹¹²

Dieser Bekanntmachung kommt deswegen eine große Bedeutung zu, da die Kommission nicht – wie etwa in den Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handel – eine bloße Vermutung aufstellt, vielmehr verpflichtet sich die Kommission bei Unterschreitung der nominellen Grenzen kein Verfahren zu eröffnen. Diese Selbstbindung ist aufgrund des Opportunitätsgrundsatzes (Aufgreifermessen der Kommission) zulässig.¹¹³

Aufgrund der alleinigen Betonung der starren Marktanteilsgrenze der *de minimis* Bekanntmachung der Kommission, wird die Bekanntmachung in der Literatur kritisiert.¹¹⁴

Der EuGH entscheidet gegenüber den in der *de minimis* Bekanntmachung erläuterten Marktanteilsschwellen nach einer Gesamtbetrachtung der Verhältnisse des Einzelfalls, ob es sich bei der Wettbewerbsbeschränkung um eine spürbare, also eine von Relevanz für das Binnenmarktprojekt, handelt. Zwar sind auch die Marktanteile nach der Rechtsprechung des EuGH der wesentliche Anknüpfungspunkt, doch können nach Rechtsprechung des EuGH schon geringere Marktanteile, als jene welche die Kommission in der *de minimis* Bekanntmachung anführt, die Spürbarkeit auslösen und zwar, wenn es sich um große und bedeutende Unternehmen handelt, insbesondere wenn die

¹¹² Siehe dazu sogleich unten unter 4.1.3.4.6.

¹¹³ Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 199, Rz 195.

¹¹⁴ Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 200 Rz 199.

Vereinbarung oligopolistische Märkte betrifft oder es sich um eine schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung handelt.¹¹⁵

4.1.3.4.6 DER RELEVANTE MARKT

Um das Bestehen einer Wettbewerbsbeschränkung festzustellen, ist in einem ersten Schritt der relevante sachliche und räumliche Markt zu definieren, um jenen Bereich abzugrenzen, der für die rechtliche Würdigung relevant ist. Darüber hinaus kommt in diesem Zusammenhang der Abgrenzung des relevanten Marktes auch eine Bedeutung bei der Überprüfung des Vorliegens des Ausnahmetatbestand nach Art 81 Abs 3 EGV eine Bedeutung zu, da nach Art 81 Abs 3 (b) EGV zu untersuchen ist, ob die Möglichkeit eröffnet wird, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren und Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten, was nur auf der Grundlage der Definition des relevanten Marktes möglich ist. Auch bei der Überprüfung der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung muss zwecks Berechnung der Marktanteile in einem ersten Schritt der Markt definiert werden.

In der Praxis kommt der Definition des sachlich und geographisch relevanten Marktes eine zentrale Rolle zu. Denn je weiter ein Markt abgegrenzt wird, desto geringer werden die Marktanteile sein.

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH wird bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes das Bedarfsmarktkonzept zugrunde gelegt. Der sachlich relevante Markt umfasst all jene Produkte oder Dienstleistungen, die aus Sicht der Nachfrager aufgrund ihrer Eigenschaft, ihrer Preislage und ihres Verwendungszwecks als austauschbar und substituierbar angesehen werden.¹¹⁶

¹¹⁵ Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 197 Rz 188 ff.

¹¹⁶ Siehe etwa EuGH 9.11.1983, *Michélin*, RS 322/81, 983, 3461; 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche*, RS 85/76, 461; 21.2.1973, *Continental Can*, RS 6/72, Slg 1973, 215, 248 f; 14.2.1978, *United Brands*, RS 27/76, Slg 1978, 207, 282; 11.12.1980, *L'Oréal*, RS 31/80, Slg 1980, 3775, 3799.

Der räumlich relevante Markt umfasst demgegenüber das Gebiet, *"in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte und Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten insbesondere durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet"*.¹¹⁷

Die Kommission hat in den Leitlinien über die Definition des relevanten Marktes Kriterien zur Abgrenzung des relevanten Marktes veröffentlicht. In sachlicher Hinsicht wird auf die Substituierbarkeit der Produkte abgestellt, was sich mit der Rechtsprechung des EuGH deckt. *"Der Begriff des relevanten Marktes setzt (...) die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbes zwischen den zu ihm gehörenden Erzeugnissen voraus, so dass ein hinreichender Grad von Austauschbarkeit zwischen allen zum gleichen Markt gehörenden Erzeugnissen im Hinblick auf die gleiche Verwendung erforderlich ist."*¹¹⁸

In der Praxis kann man sich eines fiktiven Tests (SSNIP¹¹⁹-Test) bedienen um den sachlich relevanten Markt abzugrenzen; dabei wird untersucht, ob Verbraucher auf eine bleibende Preiserhöhung von etwa 5-10 % bei dem untersuchten Produkt aller Wahrscheinlichkeit nach als Reaktion auf die Preiserhöhung auf ein anderes Produkt ausweichen würden. Wenn dabei so viele Kunden auf andere Produkte ausweichen würden, dass die Preiserhöhung nicht mehr profitabel wäre, kann der sachlich relevante Markt durch Einbeziehung der betreffenden Produkte abgegrenzt werden.

In räumlicher Hinsicht wird unter Zuhilfenahme desselben Tests darauf abgestellt auf welche Gebiete die Verbraucher aufgrund der Preiserhöhung ausweichen würden.¹²⁰

¹¹⁷ Siehe Kommission, 9.12.1997, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, C 372, Rn 7 ("Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes").

¹¹⁸ EuGH, 13.2.1977, *Hoffmann-La Roche*, RS 85/76, Slg 1979, 461.

¹¹⁹ Small but significant non-transitory increase in price.

¹²⁰ *Eilmansberger et al*, Materielles Europarecht, 204.

Im Bereich der Bauwirtschaft können einerseits die verschiedenen Formen von Bauleistungen – etwa Straßenbau – unterschiedliche sachlich relevante Märkte darstellen, da sie in aller Regel für die Nachfrager nicht substituierbar sind, andererseits kann der Markt nach den angebotenen Produkten – z.B. Asphaltmischgut für Straßenbau abgegrenzt werden. Diese Abgrenzung muss freilich fallbezogen vorgenommen werden.

In räumlicher Hinsicht ist bei angebotenen Bauleistungen in der Regel von einem nationalen Markt auszugehen bzw je nach den jeweiligen Gegebenheiten von einem regionalen Markt. Die Tatsache, dass Asphalt nur begrenzt transportfähig ist (üblicherweise wird von einem Lieferradius von 25 Kilometern ausgegangen),¹²¹ kann fallweise in geographischer Hinsicht für eine sehr enge geographische Marktabgrenzung sprechen.

4.1.3.4.7 DIE ARGE ALS WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

(i) Untersuchungsgegenstand

In einem ersten Schritt ist zu unterscheiden, ob sich die betroffenen Unternehmen bewusst wettbewerbswidrig abgesprochen haben und sich als Folge der Absprache zu einer ARGE zusammengeschlossen haben oder ob sie sich, ohne dass ihnen klar war, dass es sich um eine wettbewerbsbeschränkende Absprache handelt, in eine ARGE zusammengeschlossen haben. Bei der ersteren Darstellung handelt es sich klar um eine Wettbewerbsbeschränkung und überdies unfraglich um die Verwirklichung des Submissionstatbestands nach § 168b StGB, obwohl der klassische Fall von § 168b StGB eher geheime Marktaufteilungsabsprachen sind, die nicht zur Bildung einer gemeinsamen ARGE führen.¹²² Bei zweiter Konstellation – die der Untersuchungsgegenstand der folgenden Darstellung ist –

¹²¹ Vgl etwa Kommission, Fall Nr IV/M. 1593, *STS/Teerbau*, Rn 5 ff.

¹²² Dennoch könnte auch eine solche „bewusste“ Wettbewerbsbeschränkung als Bagatellkartell – zumindest nach österreichischem Kartellrecht – freigestellt sein. Relativ unwahrscheinlich, aber doch zu überprüfen, wäre eine Freistellung nach Art 81 Abs 3 EGV und § 2 Abs 1 KartG 2005.

muss hingegen jeweils im Einzelfall untersucht werden, ob eine (verbotene) Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

(ii) Unterliegen ARGE dem Anwendungsbereich von Art 81 Abs 1 EGV

Teilweise wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass ARGE dem Anwendungsbereich von Art 81 Abs 1 EGV nicht unterlägen. So führt beispielsweise *Brinker*¹²³ unzutreffend aus, dass ARGE deswegen dem Anwendungsbereich des Art 81 Abs 1 EGV nicht unterlägen, weil eine Gründung von ARGE nur dann erfolgen würde, wenn Projekte zu verwirklichen seien, die Einzelunternehmen nicht durchführen könnten, womit keine Wettbewerbsbeschränkung verbunden sei. Dabei vermischt *Brinker* grundsätzliche Definitionsmerkmale einer ARGE mit der eigenen qualitativen Bewertung des Hintergrunds der Gründung einer ARGE.

Festzuhalten ist jedoch, dass die wirtschaftlichen oder sonstigen Gründe für den Zusammenschluss in eine ARGE vielfältiger Natur sind, jedenfalls aber kein Definitionsmerkmal einer ARGE darstellen (können). Die oben dargestellte Rechtsansicht von *Brinker* ist daher insoweit verfehlt, als er schon in die Begriffsbestimmung einer ARGE Wertungskriterien einfließen lässt und aufgrund dessen fälschlicherweise attestiert, dass ARGE *per se* nicht kartellrechtswidrig sein können, was – wie unten dargestellt wird – nicht der Fall ist. Vielmehr sind ARGE – wie andere Vereinbarungen von Unternehmen, die nicht schon als solche eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen – im Hinblick auf ihre Auswirkungen zu untersuchen.

(iii) Wettbewerbsrechtliche Würdigung

ARGE können grundsätzlich eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, zumal deren Gründung – wie bereits oben ausgeführt wurde – zu einer Verringerung der Anzahl der Bewerber in einem Vergabeverfahren führen kann und zwar dann,

¹²³ Siehe *Brinker* in *Schwarze*, EU-Kommentar Art 81 EGV, Rz 55.

wenn sich Wettbewerber zusammenschließen, die auch ohne den Zusammenschluss ein Angebot hätten einreichen können und dies mangels Zusammenschluss in eine ARGE auch getan hätten.

Wie oben schon kurz angeschnitten wurde, ist insbesondere die Frage ausschlaggebend, ob es sich bei ARGE um aktuelle oder potentielle Wettbewerber handelt. Solche ARGE, deren Gründung erfolgt, weil die Unternehmen faktisch¹²⁴ wirtschaftlich oder aufgrund anderer äußerer Umstände¹²⁵ nicht in der Lage sind, ein Angebot einzureichen, sind grundsätzlich nicht als Wettbewerbsbeschränkung einzustufen, da es sich in diesem Fall weder um aktuelle noch potenzielle Wettbewerber handelt; vielmehr führt in diesem Fall die Bildung der ARGE zu einer Erhöhung der Anzahl von Bietern, wodurch der Wettbewerb stimuliert wird. Dies hat auch die Kommission festgestellt¹²⁶ und entspricht den Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit.¹²⁷

Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass nach den Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit¹²⁸ Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern, Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, welche die von der Zusammenarbeit erfasste Tätigkeit nicht alleine ausführen können (worunter letztlich auch Nichtwettbewerber zu verstehen sind) und Vereinbarungen, durch die die relevanten Wettbewerbsparameter nicht beeinflusst werden dann in den Anwendungsbereich von Art 81 Abs 1 EGV fallen, wenn Unternehmen mit erheblicher Marktmacht (die auch unterhalb der Marktbeherrschung, bei der Art 82 EGV greift, gegeben sein kann) beteiligt sind und die Zusammenarbeit zu Abschottungsproblemen gegenüber Dritten führen kann.

¹²⁴ Etwa weil die betreffenden Produkte oder Dienstleistungen von den Beteiligten allein nicht – beispielsweise mangels Know-How – erbracht werden können (Kommission, 13.7.1990, *Elopak/MetalBox – Odin*, ABl 209/15)

¹²⁵ Etwa weil erforderliche Genehmigungen nicht erbracht werden können (Kommission 18.12.1996, *Iridium*, ABl 1997 016/0017).

¹²⁶ Kommission, 24.10.1988 *Eurotunnel* ABl 1988 L 311/ 36, 38. Danach ist die Bildung von "Arbeitsgemeinschaften zur gemeinsamen Ausführung von Aufträgen [...], keine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die beteiligten Unternehmen für sich alleine nicht in der Lage sind, die Aufträge durchzuführen".

¹²⁷ Vgl auch *Braun in Langen/Bunte*, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 91, Rz 57.

¹²⁸ Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Rn 4.

Marktmacht wird von der Kommission in diesem Zusammenhang als die Fähigkeit definiert, Preise über einen erheblichen Zeitraum auf einer Höhe oberhalb des freien Marktpreises oder die Produktionsmenge, die Produktqualität, die Produktvielfalt oder die Innovation für einen erheblichen Zeitraum unterhalb des Wettbewerbsniveaus aufrecht zu halten.¹²⁹ Eine Wettbewerbsbeschränkung ist dann unwahrscheinlich, wenn der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen niedrig ist oder wenn die Kooperation nur aus zwei Unternehmen besteht, von denen eines nur einen unbedeutenden Marktanteil hält. Daneben ist auch die Marktkonzentration von Bedeutung; in Märkten mit sehr wenigen Wettbewerbern sollten die Gründung von ARGE daher besonders sensibel hinsichtlich möglicher Wettbewerbsbeschränkungen untersucht werden. Gleiches gilt wenn die Marktzutrittschancen vergleichsweise hoch sind. Grundsätzlich ist jedoch bei faktischer Unmöglichkeit ein Angebot in einem Vergabeverfahren abzugeben nicht von einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen.

Mit der oben erläuterten Rechtsansicht ist die Kommission von ihrer in der Kooperationsbekanntmachung von 1968¹³⁰ dargestellten Ansicht abgegangen, nach der sie die oben genannten Formen von horizontalen Vereinbarungen generell für kartellrechtlich unbedenklich erklärt hatte. Die Kooperationsbekanntmachung wurde durch die Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit ersetzt, weswegen folglich nun ein strengerer Maßstab anzusetzen ist.

Auf der Grundlage des oben Erläuterten wäre eine ARGE zwischen zwei Anbietern in einem sehr engen Markt mit hohen Zutrittsschranken aus kartellrechtlicher Sicht als äußerst problematisch anzusehen.

¹²⁹ Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV, Rn 25.

¹³⁰ Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit betreffen, ABl 1968 C 75/03 ("Kooperationsbekanntmachung").

(iv) Faktische Unmöglichkeit, den Auftrag alleine ausführen zu können

Bei der Prüfung, ob die beteiligten Wettbewerber einen bestimmten Auftrag faktisch nur gemeinsam ausführen können, also ob die Unternehmen für sich genommen "marktfähig"¹³¹ sind, legt die Kommission einen strengen Maßstab an. Es muss objektiv das Kriterium der Erforderlichkeit¹³² erfüllt sein; die subjektive Einschätzung der Unternehmen spielt hingegen keine Rolle. Die Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit enthalten leider keinen Hinweis darauf, wann – nach objektiven Kriterien – von einer Erforderlichkeit der ARGE ausgegangen werden kann. Eine mögliche Interpretationshilfe enthält die frühere Kooperationsbekanntmachung von 1968. Demnach schränken die an der ARGE beteiligten Unternehmen den Wettbewerb nicht ein *"wenn sie mangels ausreichender Erfahrung, Spezialkenntnis, Kapazität oder Finanzkraft für sich allein nicht erfolversprechend arbeiten oder die Arbeiten nicht termingerecht durchführen oder das finanzielle Risiko nicht allein tragen können. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt auch nicht vor, wenn die Unternehmen erst durch Bildung der Arbeitsgemeinschaft in die Lage versetzt werden, ein erfolversprechendes Angebot abzugeben."*¹³³

In praktischer Hinsicht wird bei der Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmen über ausreichende Erfahrungen und Spezialkenntnisse verfügt, das frühere Verhalten des Unternehmens ausschlaggebend sein. Sofern sich das betreffende Unternehmen in der Vergangenheit um ähnliche Projekte alleine beworben hat und/oder solche Projekte eigenständig durchgeführt hat, ist das Erfüllen des Erforderlichkeitskriteriums im konkreten Vergabeverfahren zumindest zu bezweifeln. Ob das Unternehmen über die zur Durchführung des Projekts

¹³¹ Bei dem Begriff der Marktfähigkeit handelt es sich um einen aus dem deutschen Kartellrecht stammenden Begriff, der im Kern das Leistungsvermögen eines Unternehmens, auf einem bereits bestimmten oder noch unbestimmten Markt tatsächlich oder potentiell auftreten zu können und als Anbieter oder Nachfrager vom am Markt vorhandenen Leistungen von der Marktgegenseite wahrgenommen zu werden. (König et al, Marktfähigkeit, Arbeitsgemeinschaften und das Kartellverbot, 126). Anhand dieser Definition kann unter dem Begriff der Marktfähigkeit auch die faktische Möglichkeit eines Unternehmens verstanden werden, ein Angebot in einem Vergabeverfahren abgeben zu können.

¹³² Siehe Kommission 2.1.1973, *Europäische Zuckerindustrie*, ABl 1973 Nr L 140, 17.

¹³³ Rn 5 der Kooperationsbekanntmachung von 1968.

notwendigen Kapazitäten verfügt, hängt in erster Linie davon ab, ob das Unternehmen grundsätzlich in der Lage ist, die ausgeschriebenen Produkte alleine herzustellen oder zu liefern oder die ausgeschriebene Dienstleistung aufgrund sachlicher und personeller Ressourcen innerhalb des vorgegebenen Zeitrahmens zu erbringen. Allerdings wäre die Einschränkung klar zu eng gewählt, stellte man nur darauf ab, ob ein Unternehmen grundsätzlich in der Lage ist ein Angebot zu legen. In diesem Fall könnte es nämlich durchaus möglich sein, dass das Unternehmen dennoch – also trotz grundsätzlich ausreichender Kapazitäten – aufgrund der Eigenheiten der Baubranche alleine nicht in der Lage wäre, das konkrete Projekt auszuführen.¹³⁴ Im Rahmen der Kapazitätsprüfung sollten daher die spezifischen Charakteristika der Baubranche ebenfalls berücksichtigt werden. Gerade in der Baubranche kann es nachweislich sinnvoll sein, nur Teilkapazitäten zu binden, da Ausschreibungsverfahren einen durchaus langen Zeitraum in Anspruch nehmen können. Aufgrund der Ungewissheit der Auftragserteilung wäre es aus Unternehmenssicht fast nachlässig, die gesamten Kapazitäten zu verplanen. Solche Gründe könnten allenfalls vorgebracht werden, um die wirtschaftliche Notwendigkeit¹³⁵ darzulegen.

(v) Unmöglichkeit der alleinigen Ausführung des Auftrags aufgrund anderer Gründe

Analog zur faktischen Unmöglichkeit werden in der Rechtsprechung der Kommission auch solche ARGE zwischen grundsätzlich aktuellen und potenziellen Wettbewerbern behandelt, die zwar jeweils das angebotene Produkt produzieren bzw die angebotene Dienstleistung erbringen können, die aber aus anderen Gründen nachweislich nicht in der Lage sind das betreffende Produkt bzw die betreffende Dienstleistung auch tatsächlich anzubieten. Solche "anderen Gründe" können auch Folge äußerer Umstände sein, wie die Nichterreichbarkeit einer erforderlichen Genehmigung, das Fehlen ausreichenden Fachpersonals oder

¹³⁴ Vgl Karollus/Artmann, Bietergemeinschaften im europäischen Kartellrecht, wbl 2001, 457.

¹³⁵ Siehe sogleich unten.

technischer Einrichtungen oder auch ein eng bemessener Zeitrahmen, innerhalb dessen das Projekt fertig gestellt werden muss.¹³⁶

(vi) Wirtschaftliche Unmöglichkeit, den Auftrag alleine auszuführen

Neben der faktischen Unmöglichkeit spielt auch die oben schon angesprochene wirtschaftliche Unmöglichkeit eine Rolle bei der wettbewerblichen Überprüfung von ARGE. Die Notwendigkeit eines Zusammenschlusses kann sich auch aus ökonomischen Erwägungen ergeben, etwa weil das wirtschaftliche Risiko der involvierten Unternehmen aufgrund des notwendigen Einsatzes erheblicher Ressourcen und langfristiger Kapitalbindung zu hoch erscheint und ein individuelles Vorgehen deshalb nicht möglich oder vernünftigerweise nicht erwartet werden kann.¹³⁷

Klar muss jedoch sein, dass es bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Unmöglichkeit gerade nicht auf die subjektive Einschätzung der involvierten Unternehmen ankommen kann. Ein Blick nach Deutschland zeigt allerdings, dass der BGH eine subjektive Einschätzung ausreichen lässt. Es käme – so der BGH – darauf an, ob sich die Zusammenarbeit für die beteiligten Unternehmen als zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig darstellt.¹³⁸ Diese Rechtsprechung ist gemeinschaftsrechtlich fragwürdig. Generell wäre bei einer subjektiven Beurteilung durch die Unternehmen der Anwendungsbereich von Art 81 EGV bzw korrespondierender mitgliedstaatlicher Regelungen eine Nachvollziehbarkeit nur bedingt gegeben. Allerdings ist es zweckmäßig (und entspricht der Rechtsprechung der Kommission wie oben erläutert wurde), objektiv nachvollziehbare wirtschaftliche Gründe in die Beurteilung einzubeziehen und im

¹³⁶ Braun in *Langen/Bunte*, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 211, RZ 58 unter Bezugnahme auf Kommission 24.10.1988, *Eurotunnel*, ABl 1988 L 311/36, Rn 17; 27.07.1994, *BT/MCI*, ABl 1994 L 223/36, Rn 43; 15.12.1994, *IPSP*, ABl 1994 L 354/75, Rn 55; 18.12.1996, *Iridium*, ABl 1997 L 16/87, Rn 40; 27.07.1990, *ECR 900*, ABl 1990 L 228/31, Abschnitt II.2.

¹³⁷ Kommission 27.7.1990, *ECR 900*, ABl 1990 L 228/31, Abschnitt II.2.; 18.12.1996, *IPSP*, ABl 1994 L 354/75, Rn 55; 18.12.1996, *Iridium*, ABl 1997 L 16/87, Rn 40; 27.7.1999, *Télécom Développement*, ABl 1999 L 218/24, Rn 34; 20.5.1999, *Cégétel + 4*, ABl 1999 L 218/14, Rn 40 und 43.

¹³⁸ BGH 13.12.1983, *Bauvorhaben Schramberg*. BGH, KRB 3/83.

Hinblick auf das zugrunde liegende Thema auch die spezifischen Umstände in der Baubranche in die wettbewerbliche Beurteilung einfließen zu lassen.

In diesem Zusammenhang merken etwa *Karollus/Artmann* an, dass sich die Überlegung, ob eine alleinige Beteiligung eines Unternehmens zweckmäßig und vernünftig ist, sehr wohl objektivieren lasse, indem man auf die Nachvollziehbarkeit des unternehmerischen Handelns im Sinne einer wirtschaftlichen Vernunft abstellt mit dem Maßstab eines kaufmännisch vernünftig handelnden Unternehmers.¹³⁹ Diese Auffassung mag stimmen, allerdings stützt sie letztlich das Abstellen auf objektive Kriterien, da diese herangezogen werden, um subjektive Kriterien zu "legitimieren", was aber im Ergebnis verzichtbar wäre, wenn man gewisse betriebswirtschaftliche Aspekte als Teil der Prüfung nach objektiven Kriterien heranzöge.

Zusammenfassend ist folglich neben der faktischen Unmöglichkeit eines Gesellschafters einer ARGE ein Angebot abzugeben und der nachweislichen Unmöglichkeit aus anderen Gründen, das Merkmal der wirtschaftlichen Unmöglichkeit zu prüfen, worunter zu verstehen ist, dass Unternehmen rein faktisch in der Lage sein können, eine Leistung zu erbringen, es aber wirtschaftlich sinnvoller wäre, einen Teil der Leistung durch ein anderes Unternehmen erbringen zu lassen, etwa aufgrund eines zu hohen wirtschaftlichen Risikos.¹⁴⁰ Wenn schlüssig begründet werden kann, dass ohne die Gründung der ARGE, aus objektiv nachvollziehbaren wirtschaftlichen Gründen kein Angebot eingereicht worden wäre, ist eine Wettbewerbsbeschränkung nicht anzunehmen, da vielmehr der Zusammenschluss in eine ARGE den Wettbewerb stimuliert hat und damit im Sinne der Wettbewerbspolitik der EG ist.

Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit ist allerdings "mit Vorsicht zu genießen", zumal verbotene Kartelle – also der wettbewerbswidrige Zusammenschluss in eine ARGE – für die teilnehmenden Unternehmen auch "wirtschaftlich sinnvoll"

¹³⁹ Siehe *Artmann/Karollus*, Bietergemeinschaften im europäischen Kartellrecht, wbl 2001. 459.

¹⁴⁰ Vgl die in Fn 92 zitierten Entscheidungen. Es ist zu beachten, dass es sich bei den - in den Entscheidungen genannten - Unternehmen nach Ansicht der Kommission nicht um Wettbewerber gehandelt hat.

sein kann. Kartellwidriges Verhalten kann für den einzelnen Unternehmer wirtschaftlich sinnvoll sein. Es muss also die schwierige Grenze zwischen wirtschaftlich gebotenen und wettbewerbsrechtlich verbotenen Verhalten gezogen werden, wobei von einer zurückhaltenden Haltung des Gerichtshofs nicht ausgegangen werden sollte. So wurde etwa das Argument der wirtschaftlichen Effizienz von der Kommission als unzureichend erachtet, um die wirtschaftliche Notwendigkeit der Gründung einer ARGE zu begründen.¹⁴¹ Es müssen also gewichtigere wirtschaftliche Gründe für die Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE sprechen.

(vii) Relevanz der Auswirkungen auf den Markt

Neben der faktischen und wirtschaftlichen Unmöglichkeit kann auch eine Analyse der Folgen auf den Markt – vor allem auf die Preise – geeignet sein, um zu argumentieren, dass der Zusammenschluss in eine ARGE nicht als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art 81 Abs 1 EGV anzusehen ist, wobei zu bedenken gilt, dass es strittig ist, ob bei der Prüfung einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art 81 Abs 1 EGV eine Abwägung zwischen positiven und negativen Effekten (*rule of reason*) vorgenommen werden soll.¹⁴²

Sofern eine Wettbewerbsbeschränkung festgestellt wird, ist in weiterer Folge zu untersuchen, ob der Ausnahmetatbestand des Art 81 Abs 3 EGV erfüllt ist und die Wettbewerbsbeschränkung aufgrund dieser rechtlichen Prüfung gerechtfertigt ist und nicht als verboten einzustufen ist.¹⁴³

¹⁴¹ Kommission 14.9.1999, *GEAE/P & W*, ABl 2000 L, 058/0016.

¹⁴² Siehe etwa *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Kommentar Kartellrecht⁴, Band 1, 182, RZ 144 ff.

¹⁴³ Siehe dazu unten unter 4.1.4.

4.1.3.4.8 RULE OF REASON

Die Anwendung der *rule of reason* nach amerikanischem Vorbild im EG-Kartellrecht sorgt schon seit längerem für eine rege Diskussion¹⁴⁴. Konkret geht es darum, ob die *rule of reason* auch in die Anwendung von Art 81 Abs 1 EGV einfließen sollte, also ob zur Beurteilung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung eine Wettbewerbsbilanz zu erstellen ist, wobei die fördernden und beschränkenden Wettbewerbswirkungen der Vereinbarung gegeneinander abzuwägen sind.¹⁴⁵

Im Gegensatz zum EG-Kartellrecht enthält der Sherman Antitrust Act vom 2.7.1890 nur ein allgemeines Verbot von "*restraints of trade*"¹⁴⁶, welches mit Art 81 Abs 1 EGV vergleichbar ist. Daher oblag es der Rechtsprechung des Supreme Court, diese Bestimmung zu begrenzen und inhaltlich zu präzisieren, wodurch *rule of reason* entwickelt wurde. Eingeführt wurde die *rule of reason* erstmals im Rahmen der *Standard Oil* Entscheidung des Supreme Court aus dem Jahr 1911¹⁴⁷. Auf dieser Grundlage wurden die Elemente der *rule of reason* durch die darauf folgende Rechtssprechung weiterentwickelt.¹⁴⁸

Auf der Grundlage der Entscheidung *United States v. Brown University in the State of Rhode Island*¹⁴⁹ ergibt sich eine dreistufige Prüfung: In einem ersten Schritt werden die von der in Frage stehenden Vereinbarung ausgehenden

¹⁴⁴ Die "*rule of reason*" wurde 1911 zur Überprüfung von Rechtfertigungen von Wettbewerbsbeschränkungen durch den US-Supreme Court geschaffen und ist seitdem fester Bestandteil des US Antitrustrechts; Ackermann, Art 85 Abs 1 EGV und die rule of reason, 6.

¹⁴⁵ OGH als KOG 20.12.2004, 16 Ok 17/04, Wärmedämmverbundsystem = wbl 2005, 192.

¹⁴⁶ § 1 des Sherman Antitrust Acts idGF enthält folgende Bestimmung: "*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*"

¹⁴⁷ *Standard Oil Co. of New Jersey v U.S.*, 221 U.S. 1 (1911).

¹⁴⁸ Ackermann, Art 85 Abs 1 EGV und die rule of reason, 11.

¹⁴⁹ 5 F.3d 658 (3rd Cir 1993), 198, 221, 381.

Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt um in weiterer Folge zu überprüfen, ob und in welchem Ausmaß durch die Vereinbarung wettbewerbsfördernde Ziele verfolgt worden sind und ob die Vereinbarung tatsächlich geeignet ist, diese Ziele zu erreichen. Abschließend erfolgt – sofern der Beklagte den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen wettbewerbsfördernde Folgen entgegenstellen konnte – eine Abwägung durch den Richter, wobei die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der wettbewerbsbeschränkenden und –fördernden Folgen und deren Intensität und Ausmaß zu berücksichtigen sind.¹⁵⁰

Auf das zurgrunde liegende Thema würde die Anwendung der *rule of reason* bedeuten, dass bereits bei der Prüfung von der Wettbewerbswidrigkeit von ARGE die wettbewerbsfördernden Effekte betrachtet, analysiert und gegen die wettbewerbsbeschränkenden Folgen abgewogen werden würden und bei Überwiegen der wettbewerbsfördernden Folgen keine Wettbewerbsbeschränkung nach Art 81 Abs 1 EGV vorläge, womit eine Prüfung nach Art 81 Abs 3 EGV hinfällig werden würde. Genau dies ist aber auch der Kritikpunkt an der Anwendung der *rule of reason*. Nach Ansicht der Kommission und der Rechtsprechung des EuG macht der Ausnahmetatbestand des Art 81 Abs 1 EGV die Anwendung der *rule of reason* obsolet. Vielmehr solle diese Abwägung nur im Rahmen von Art 81 Abs 3 EGV stattfinden.¹⁵¹ Zudem ist Art 81 Abs 3 EGV in seinen rechtlichen Determinanten strenger und verlangt für ein Greifen des Ausnahmetatbestands mehrere kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen, womit

¹⁵⁰ Mayer, Ziele und Grenzen des Kartellverbots im Recht der EG und der USA, 75 ff.

¹⁵¹ So Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV, Rn 17 aber auch die Rsp, Vgl etwa EuG 18.9.2001, *Métropole télévision (M6) ua*, RS T 112-99, Slg 2001 II-2459, Rn 76 "Diese Urteile können jedoch nicht dahin ausgelegt werden, dass sie das Bestehen einer *Rule of reason* im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft anerkennen. Sie sind vielmehr Teil einer breiteren Strömung in der Rechtsprechung, die nicht völlig abstrakt und unterschiedslos davon ausgeht, dass jede die Handlungsfreiheit eines oder mehrerer Beteiligter beschränkende Vereinbarung zwangsläufig von dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EGV-Vertrag erfasst wird. Vielmehr sind bei der Prüfung, ob diese Bestimmung auf eine Vereinbarung anwendbar ist, der konkrete Rahmen zu berücksichtigen, in dem diese ihre Wirkungen entfaltet, insbesondere der wirtschaftliche und rechtliche Kontext, in dem die betroffenen Unternehmen tätig sind, die Art der Waren und/oder Dienstleistungen, auf die sich die Vereinbarung bezieht, sowie die tatsächlichen Bedingungen der Funktion und der Struktur des relevanten Marktes".

diese Abwägung nicht in einer solch abstrakten Form wie einer generellen Bilanz stattfinden soll.

Allerdings ist auch bei der Prüfung von Art 81 Abs 1 EGV eine Berücksichtigung des konkreten Rahmens geboten, in dem die Vereinbarung ihre Wirkungen entfaltet, wobei insbesondere der rechtliche und wirtschaftliche Kontext, in dem die Unternehmen tätig sind, zu berücksichtigen ist und die tatsächlichen Bedingungen und Funktionen sowie die Struktur des relevanten Marktes.¹⁵²

Eine generelle Zulässigkeit einer "*rule of reason*-Prüfung" im Rahmen von Art 81 Abs 1 EGV würde jedoch den Anwendungsbereich von Art 81 Abs 3 EGV bedeutungsmindernd einschränken, auch wenn es teilweise den Anschein haben kann, dass es sich nur um eine terminologische Unterscheidung handelt.

In diesem Zusammenhang ist auch der *more economic approach* der Kommission zu sehen, wonach die Wettbewerbswirkungen von Handlungsbeschränkungen von Unternehmen nicht abstrakt, sondern konkret beurteilt werden sollen. Vor den Bemühungen der Kommission wurde jede Beschränkung der Handlungsfreiheit als Wettbewerbsbeschränkung angesehen. Nun kommt es nach Ansicht der Kommission vielmehr auf die Marktergebnisse und die Auswirkungen an, was eine Bilanzierung von Wettbewerbswirkungen von Vereinbarungen bedingt und dem wohlfahrtsökonomischen Ansatz, also dem Schutz der Konsumentenwohlfahrt, dient.¹⁵³ Neben dem Schutz der Konsumentenwohlfahrt ist die zweite Komponente des *more economic approach* der Auswirkungsansatz, nach dem es für die Vereinbarkeit eines Marktverhaltens mit den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln auf deren Auswirkungen auf den Wettbewerb ankommt. Die Kommission geht dabei davon aus, dass – wenn eine

¹⁵² Vgl. Bunte in *Langen/Bunte*, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 81, Rz 42.

¹⁵³ Ibid, 82, Rz 42a.

Handlung nachteilig für den Wettbewerb ist – davon ausgegangen werden kann, dass sie auch nachteilig für die Konsumentenwohlfaht ist.¹⁵⁴

In praktischer Hinsicht ist allerdings die Bedeutsamkeit dieser Unterscheidung, ob eine grundsätzlich wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung aufgrund der Analyse und Gegenüberstellung von wettbewerbsfördernden Elementen nicht vom Anwendungsbereich des Art 81 Abs 1 EGV umfasst ist oder ob die Voraussetzungen des Art 81 Abs 3 EGV als erfüllt anzusehen sind, aufgrund der Beurteilung durch die Unternehmen und die Anwendung durch die nationalen Gerichte und Behörden weniger wichtig geworden, da insbesondere in den Fällen, in denen offensichtlich die Voraussetzungen des Art 81 Abs 3 EGV vorliegen, durch die Unternehmen keine umfassende Analyse durchgeführt werden wird, ob überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art 81 Abs 1 EGV vorliegt.

4.1.3.5 DIE NICHTIGKEIT VON WETTBEWERBSBESCHRÄNKENDEN VEREINBARUNGEN NACH ART 81 ABS 2 EGV

Verbotene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die nicht den Ausnahmetatbestand von Art 81 Abs 3 EGV erfüllen, sind nach Art 81 Abs 2 EGV nichtig, und zwar ohne dass es dafür einer Entscheidung einer nationalen Behörde oder der Kommission bedürfte.¹⁵⁵ Nicht umfasst von der Nichtigkeitsfolge des Art 81 Abs 2 EGV sind die abgestimmten Verhaltensweisen, da diese als faktische Handlungen keine juristische Nichtigkeit nach sich ziehen können. Weitere zivilrechtliche Folgen wie Haftungsansprüche bestehen jedoch unabhängig davon auch für diese Form des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Albers, Der "more economic approach" bei Verdrängungsmissbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, 3 f, (Quelle: ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/albers.pdf, 13.10.2008).

¹⁵⁵ Bunte in Langen/Bunte, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 177, RZ 204.

¹⁵⁶ Pascher, Nichtigkeit von Kartellvereinbarungen, 41 f.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 25.11.1971, *Béguélin*¹⁵⁷, die Nichtigkeit als absolut bezeichnet. Eine Vereinbarung, die nach Art 81 Abs 1 EGV (damals Art 85 Abs 2 EGV) nichtig ist, "erzeugt (...) in den Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragspartnern keine Wirkungen und kann Dritten nicht entgegengehalten werden", wobei die Folgen der Nichtigkeit auf bestehende Vereinbarungen nach dem Zivilrecht der Mitgliedstaaten zu beurteilen sind.¹⁵⁸ In zeitlicher Hinsicht handelt es sich um eine Nichtigkeit *ex tunc*. Eine nach Art 81 Abs 3 EGV nichtige Vereinbarung ist somit als von Anfang an nichtig zu betrachten.¹⁵⁹

Bei der Nichtigkeit nach Art 81 Abs 2 EGV handelt es sich um eine gemeinschaftsrechtliche Rechtsfolge; die Nichtigkeit ist der Disposition des nationalen Gesetzgebers entzogen und steht nicht unter dem Vorbehalt einzelstaatlicher Rechtsregeln.¹⁶⁰ Daher muss die Nichtigkeit nicht notwendigerweise mit dem nationalen Verständnis des Nichtigkeitsbegriffs übereinstimmen.

Nach österreichischem Recht besteht hingegen durchaus eine Vergleichbarkeit mit der Nichtigkeitsfolge nach § 879 Abs 1 ABGB. In den Kategorien österreichischen Rechts handelt es sich bei der Nichtigkeit nach Art 81 Abs 2 KartG um eine absolute Nichtigkeit, auf die sich jedermann berufen kann und die keiner gerichtlichen oder außergerichtlichen Geltendmachung bedarf.¹⁶¹

¹⁵⁷ EuGH 25.11.1971, *Béguélin Import Co*, RS 22-71, Slg 1971/00949, Rn 29.

¹⁵⁸ *Butschek*, EG-kartellrechtlich bedingte Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht, 10.

¹⁵⁹ EuGH 6.2.1973, *Brasserie de Haecht*, RS 28-72, Slg 1973/00077, Rn. 25 – 27, "Aus den eingangs gemachten allgemeinen Ausführungen ergibt sich, dass die nach Artikel 85 Absatz 2 EGV verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse ohne weiteres nichtig sind. Diese Nichtigkeit ist derart, dass sie diese Vereinbarungen und Beschlüsse in allen ihren vergangenen und zukünftigen Wirkungen erfasst. Folglich äußert die in Artikel 85 Absatz 2 statuierte Nichtigkeit auch Wirkungen für die Vergangenheit".

¹⁶⁰ EuGH 20.9.2001, *Courage/Crehan*, RS C-453/99, Slg 2001, I-6297, Rn 31.

¹⁶¹ *Wollmann in Mayer* (Hrsg), Kommentar zu EUV und EGV, Art 81, 72. Lfg, Rz 158 ff.

4.1.3.5.1 NICHTIGKEIT NACH GEMEINSCHAFTSRECHT UND NACH NATIONALEM RECHT

In sachlicher Hinsicht ist zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht zu differenzieren; die Reichweite der Nichtigkeit, also welche Teile des Vertrages nichtig sind, wird durch das Gemeinschaftsrecht bestimmt. Ob und inwieweit die verbleibenden Vertragsteile bestehen bleiben, hängt jedoch vom nationalen Recht ab.¹⁶²

Nach Gemeinschaftsrecht geht die Nichtigkeit soweit, wie der Zweck oder die Wirkung der Vereinbarung mit dem Kartellverbot unvereinbar sind. Deswegen umfasst die Nichtigkeitsfolge nicht notwendigerweise die gesamte Vereinbarung, sondern erstreckt sich vielmehr nur auf die jeweils verbotene Vereinbarung, wobei es sich etwa um einzelne Klauseln eines Vertrages handeln kann.¹⁶³ Je nach fraglicher Vereinbarung ist daher im Einzelfall zu untersuchen, wie weit die Nichtigkeit reicht. Es sind jene Teile der Vereinbarung nichtig, welche eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art 81 Abs 1 EGV darstellen und jene, die mit dieser untrennbar verbunden sind. Die Abtrennbarkeit ist nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilen, wonach es darauf ankommt, welche Vertragsbestandteile in einem funktionsnotwendigen Zusammenhang mit der kartellrechtswidrigen Vertragsklausel stehen.¹⁶⁴

Nach nationalem Recht ist – sofern die Nichtigkeitsfolge nach Gemeinschaftsrecht nur einige Vertragsbestandteile betrifft und somit ein vertraglicher Restbestand übrig bleibt – in der Folge zu prüfen, ob die nicht von der Nichtigkeitsfolge betroffenen Vertragsteile dennoch gültig sind.

Für diese Frage kann auf die Bestimmung des § 878 Satz 2 ABGB zurückgegriffen werden. § 878 Satz 2 ABGB normiert, dass wenn "*Mögliches und Unmögliches zugleich bedungen [ist], so bleibt der Vertrag in ersterem Teile*

¹⁶² Butschek, EG-kartellrechtlich bedingte Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht, 12.

¹⁶³ Bunte in Langen/Bunte, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 179, Rz 207.

¹⁶⁴ Ibid, 181, Rz 210.

gültig, wenn anders aus dem Vertrag nicht hervorgeht, daß kein Punkt von dem anderen abgesondert werden könne."

Durch analoge Anwendung von § 878 Satz 2 ABGB kann man zu der Lösung gelangen, dass die Teile des Vertrages, die nach gemeinschaftsrechtlicher Prüfung nicht von der Nichtigkeitsfolge betroffen sind, dann aufrecht bleiben, wenn entweder der hypothetische Parteiwille diese Auslegung erlaubt, oder aber umso mehr, wenn diesbezüglich konkrete vertragliche Regelungen¹⁶⁵ bestehen.¹⁶⁶

Für die dieser Arbeit zugrunde liegende Frage nach der kartellrechtlichen Einordnung von ARGE entfällt allerdings die Frage der Teilnichtigkeit, denn wenn die Gründung der ARGE als solche eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung nach Art 81 Abs 1 EGV darstellt, ist die Errichtung der ARGE und somit der Gesellschaftsvertrag nach Art 81 Abs 2 EGV nichtig und es würden keine Teile der Vereinbarung verbleiben, deren Fortbestand nach nationalem Recht überprüft werden müsste.

Was allerdings in diesem Fall einer Untersuchung bedarf, ist die Frage nach der Anwendbarkeit der Lehre über die fehlerhafte Gesellschaft.

4.1.3.5.2 NICHTIGKEIT NACH ART 81 ABS 2 EGV UND DIE LEHRE DER FEHLERHAFTEN GESELLSCHAFT

Wenn die Gründung einer Gesellschaft gegen das Kartellverbot von Art 81 Abs 1 EGV verstößt und nicht den Ausnahmetatbestand des Art 81 Abs 3 EGV erfüllt, ist der Gründungsvertrag nichtig mit Wirkung *ex tunc*. Zu fragen ist, ob in diesem Fall die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft angewendet werden können.

¹⁶⁵ Bei solchen vertraglichen Regelungen handelt es sich in der Praxis um salvatorische Klauseln, die festlegen, dass die Nichtigkeit einer Vertragsklausel die Wirksamkeit der übrigen Vertragsbestimmungen nicht berühren soll und ggf die Vereinbarung, dass die Parteien eine unwirksame und nichtige Klausel durch eine solche rechtswirksame Klausel ersetzen werden, die der nichtigen Klausel am nächsten kommt. Hinzuweisen ist auf die deutsche Rechtsprechung, nach der die salvatorische Klausel selbst ebenfalls von der Nichtigkeitssanktion erfasst ist (Vgl etwa OLG Düsseldorf 7.11.2001, U 13/00).

¹⁶⁶ Vgl Pascher, Nichtigkeit von Kartellvereinbarungen, 361 f.

Der Zweck der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist, die Folgen der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages aufgrund von Fehlern wie Willensmängeln, Formvorschriftsverletzungen, aber auch wegen unerlaubtem – etwa kartellrechtswidrigem – Vertragsinhalt und der damit verbundenen Nichtigkeit *ex tunc*, vor allem im Hinblick auf Rückabwicklungsprobleme bei Dauerschuldverhältnissen insofern abzuschwächen, als man die Gesellschaft trotz des Fehlers im Gesellschaftsvertrag als wirksam entstanden betrachtet, somit eine Nichtigkeit *ex nunc* annimmt. Es geht dabei nicht nur um Vertrauensschutz, der ja durch entsprechende Regelungen, etwa bei gutgläubigem Vertrauen auf das Firmenbuch, schon geschützt wird vielmehr soll im gesamten Rechtsverkehr – also auch bei schlechtgläubigen Vertragspartnern – die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft greifen.¹⁶⁷

Es ist jedoch festzuhalten, dass es sich bei ARGE regelmäßig um eine GesbR handelt und sich daher Rückabwicklungsprobleme deswegen nicht stellen, da die Gesellschafter ohnedies nur sich selber, nicht aber die Gesellschaft – die als GesbR kein eigenes Zurechnungsobjekt ist – verpflichten. Auch sind GesbR nicht im Firmenbuch eingetragen, was schon für sich genommen die Anwendung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft nicht notwendig macht. Unabhängig davon wäre aber auch danach zu fragen, ob die Anwendung im Hinblick auf den Sinn der EG-Kartellrechtsnormen begründbar wäre.

Der Sinn der Nichtigkeitssanktion ist dahingehend zu verstehen, dass diese neben Buß- und Zwangsgeldern der Einhaltung des Kartellrechts dienen; EG-kartellrechtswidrige Vereinbarungen sollen gerichtlich nicht durchgesetzt werden können.¹⁶⁸ Der Schutzzweck und Sinn dieser Norm macht es daher schwierig, die Lehre über die fehlerhafte Gesellschaft anzuwenden. Anders sieht dies *Schmidt*¹⁶⁹, nach dessen Ansicht ein lebendes Handelsunternehmen niemals ein "*nullum*" sein

¹⁶⁷ *Krejci*, Gesellschaftsrecht, Band I, 70 ff.

¹⁶⁸ *Pascher*, Nichtigkeit von Kartellvereinbarungen, 44.

¹⁶⁹ Vgl. *Schmidt*, Von der Kartellformlehre zum Kartellverbot, wbl 1990, 121 oder *Schmidt*, Europäisches Kartellverbot und "Fehlerhafte Gesellschaft" in *Immenga et al*, Festschrift Mestmäcker, 764 ff.

könne. Im Hinblick auf die Nichtigkeitsfolge von Art 81 Abs 2 EGV auf Satzungen von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen könne man nicht annehmen, dass die Anerkennung als fehlerhafte Gesellschaft gänzlich ausgeschlossen sei, da dies ansonsten die Nichtexistenz der Gesellschaft zur Folge habe, aber eine Nichtanerkennung der Gesellschaft nicht dem Zweck des Kartellrechts entspräche. Das Kartellrecht richte sich nicht gegen die Gesellschaft als organisiertes Subjekt, sondern gegen das wettbewerbswidrige Verhalten. Im Hinblick auf Arbeitnehmer und Gesellschaftsgläubiger könne es kein öffentliches Interesse an der Nichtexistenz der Gesellschaft geben.

Aber auch diese Überlegungen von *Schmidt* können schwerlich begründen, dass die vom EG-Kartellrecht so gewollte Nichtigkeitsfolge ihren Sinn durch die Anwendung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft verliert. Auch *Bunte*¹⁷⁰ spricht sich gegen die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft aus, da die Gesellschafter nicht an den nach Art 81 Abs 2 EGV nichtigen Vertragsbestimmungen festhalten könne.

Zur deutschen Rechtslage ist anzumerken, dass bei einem Verstoß gegen § 1 GWB die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft nicht zur Anwendung kommt, weil es sich bei § 1 GWB um ein Verbotsgesetz iSv § 134 BGB handelt, was den Schutz höherrangiger Interessen der Allgemeinheit beinhaltet, der nur bei Nichtigkeit der Gesellschaft gewährleistet ist.

Auch ein Blick auf die deutsche Rechtslage spricht daher gegen eine Anwendung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft.

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass es einerseits bei ARGE aufgrund ihrer Rechtsnatur als GesbR ohnedies nicht der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bedarf und zudem gemeinschaftsrechtliche Bedenken gegen die Anwendung der Lehre über die fehlerhafte Gesellschaft im gegebenen Kontext sprechen.

¹⁷⁰ *Bunte* in *Langen/Bunte*, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 180, Rz 208.

4.1.4 DER AUSNAHMETATBESTAND VON ART 81 ABS 3 EGV

Auch wenn eine ARGE nach den oben erläuterten Grundsätzen eine Wettbewerbsbeschränkung iSv Art 81 Abs 1 EGV darstellt, ist zu prüfen, ob im konkreten Fall die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands von Art 81 Abs 3 EGV greifen. In diesem Fall wäre die ARGE trotz der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung zulässig.

Grundsätzlich sollen zwar die Ziele der Europäischen Union am sichersten und schnellsten durch freien, unverfälschten und wirksamen Wettbewerb erreicht werden; jedoch anerkennt der EGV, dass unter bestimmten Voraussetzungen Eingriffe notwendig und nützlich sind, um die Ziele des Vertrages besser zu erreichen. Aus diesem Grund ist eine Ausnahme vom Kartellverbot in Art 81 Abs 3 EGV vorgesehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Ziele der europäischen Wettbewerbspolitik vor allem in der Effizienzverbesserung, der Steigerung des Konsumentenwohlstands und der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt liegen. Grundsätzlich können diese Ziele durch freien, unverfälschten und wirksamen Wettbewerb am ehesten erreicht werden, jedoch sollen solche Vereinbarungen, die zwar grundsätzlich den Wettbewerbsregeln des EGV widersprechen, aber zu einer Verwirklichung der dahinter stehenden Ziele dienen, nicht vom Kartellverbot von Art 81 Abs 1 EGV umfasst sein.¹⁷¹ Folglich sind nach Art 81 Abs 3 EGV solche *"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 Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil*

¹⁷¹ Von der Groeben/Schwarze, EUV und EGV, Vorbemerkung zu den Artikeln 81 bis 89, Rz 12.

der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten" nicht nach Art 81 Abs 1 verboten.

Die Freistellungsvoraussetzung ist an zwei positive (angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts) und zwei negative Tatbestandsmerkmale (keine Beschränkungen, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind oder kein Eröffnen der Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten) gebunden.

Die Möglichkeit einer Freistellung vom Kartellverbot ist auch deswegen notwendig, da Wettbewerb nach der europäischen Wettbewerbspolitik kein Selbstzweck ist, sondern vielmehr ein Mittel zu Erreichung bestimmter Ziele ist; wenn diese Ziele – im begrenzten Rahmen – ohne Wettbewerb erreicht werden können, kann dieses den Zielen des EGV dienende Verhalten schwerlich untersagt werden.

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nach Art 81 EGV erfolgt in zwei Stufen: Erst wird untersucht, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen vorliegt, die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, diese entweder einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt oder tatsächliche bzw potentielle wettbewerbswidrige Auswirkungen hat. Nur wenn diese Voraussetzungen vorliegen, wenn also Art 81 Abs 1 EGV anzuwenden ist, wird untersucht, ob die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen auch wettbewerbsfördernde Auswirkungen hat und ob diese überwiegen.¹⁷² Dies kann der Fall sein, wenn durch Effizienzgewinne aufgrund einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung Produktionskosten gesenkt werden und diese Einsparungen im Rahmen niedrigerer Preise an die Verbraucher

¹⁷² Vgl auch Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV, Rn 11.

weitergegeben werden, die Produktqualität verbessert oder ein neues Produkt geschaffen wird.¹⁷³

Die Kommission betont regelmäßig, dass diese Abwägung von wettbewerbswidrigen und wettbewerbsfördernden Auswirkungen ausschließlich im Rahmen von Art 81 Abs 3 EGV durchgeführt wird.¹⁷⁴ In der Praxis werden Unternehmen dieses zweistufige Modell wohl nicht strikt einhalten, da bei fraglichen Vereinbarungen von einer genauen Untersuchung der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Regelfall wohl abgesehen werden wird, wenn es offensichtlich erscheint, dass der Ausnahmetatbestand nach Art 81 Abs 3 EGV ohnehin erfüllt ist.

Grundsätzlich können so auch Kernbeschränkungen (bezwachte Wettbewerbsbeschränkungen) den Ausnahmetatbestand von Art 81 Abs 3 EGV erfüllen, wobei die Praxis zeigt, dass Kernbeschränkungen aller Regel nach unter den Ausnahmetatbestand von Art 81 Abs 3 EGV fallen.

4.1.4.1 VERFAHRENSRECHTLICHE GRUNDLAGEN

Vor der VO 1/2003¹⁷⁵ war es Aufgabe der Kommission, individuelle Freistellungen oder Gruppenfreistellungen zu erlassen, wobei letztere auch nach der VO 1/2003 von der Kommission zu erlassen sind.¹⁷⁶

1999 veröffentlichte die Kommission das Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften der Art 81 und 82 EGV¹⁷⁷ und begründete dort ihren Vorschlag der Errichtung des Systems der Legalausnahme damit, dass durch die

¹⁷³ Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV, Rn 33.

¹⁷⁴ Siehe schon oben 4.1.3.4.8.

¹⁷⁵ Verordnung Nr 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl Nr L 1 4.1.2003, 1, idgF ("VO 1/2003").

¹⁷⁶ Schliessky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 56.

¹⁷⁷ Kommission, Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl 1999 Nr C 132/1.

verfahrensrechtliche Modernisierung Arbeitskräfte eingespart werden könnten, wodurch es der Kommission ermöglicht werden würde, ihre Ressourcen vermehrt zur Verfolgung von Hardcore-Kartellen einzusetzen. Tatsächlich war eben dies, die Flut von Freistellungsanträgen und die damit zusammenhängende lange Dauer von Verfahren, der wesentliche Grund für die Einführung des Systems der Legalausnahme¹⁷⁸, das gerade von deutscher Seite stark kritisiert wurde. Die meisten Kritikpunkte sind jedoch durch die einstimmige Annahme der Verordnung praktisch irrelevant geworden.

Art 1 Abs 2 VO 1/2003 sieht vor, dass solche Vereinbarungen, die den Tatbestand von Art 81 Abs 3 EGV erfüllen auch ohne vorherige Entscheidung nicht nach Art 81 Abs 1 EGV verboten sind; umgekehrt sind jene Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung iSv Art 81 Abs 1 EGV darstellen und nicht die Voraussetzungen für die Legalausnahme nach Art 81 Abs 3 EGV erfüllen, verboten. Überdies sind nun nach Art 5 bzw 6 der VO 1/2003 die Mitgliedstaaten und nationalen Gerichte für die vollinhaltliche Anwendung der Art 81 und 82 EGV zuständig, woraus sich deren Pflicht zur Prüfung nach Art 81 Abs 3 EGV ergibt und somit das Prüfungsmonopol der Kommission verdrängt wurde. Die Beweislast trifft denjenigen, der den Verstoß gegen Art 81 Abs 1 EGV behauptet.¹⁷⁹

Der Wortlaut von Art 81 Abs 3 EGV "*die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden*" suggeriert, dass die Gerichte oder Behörden bei der Prüfung nach Art 81 Abs 3 EGV einen Ermessensspielraum bei der Entscheidung hätten. Dieser Schluss ist nicht richtig; vielmehr haben die Gerichte oder Behörden bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art 81 Abs 3 EGV die in Frage stehende Vereinbarung für freigestellt zu erklären, was auch denknotwendig ist, da die Ausnahme vom Kartellverbot bei Vorliegen der

¹⁷⁸ De Bronett, Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht, 32.

¹⁷⁹ Vgl. Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 217, Rz 29 ff.

Tatbestandsvoraussetzungen *ex lege* eintritt und die Entscheidung der Behörden oder Gerichte lediglich einen deklarativen Charakter hat.¹⁸⁰

Die Abschaffung der Freistellungsentscheidungen durch die Kommission bedeutet für die involvierten Unternehmen einen Verlust an Rechtssicherheit, da sie nun selbst einschätzen müssen, ob eine fragliche Vereinbarung durch Art 81 Abs 3 EGV freigestellt ist oder nicht.¹⁸¹

Folglich müssen die Mitglieder einer ARGE vor deren Gründung prüfen, ob mit dem Zusammenschluss in einer ARGE eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art 81 Abs 1 EGV verbunden ist, und wenn ja, ob der Zusammenschluss die Voraussetzungen nach Art 81 Abs 3 EGV erfüllt und damit freigestellt ist.

Eine wesentliche Änderung hat sich hinsichtlich des Verhältnisses zwischen gemeinschaftsrechtlichem und nationalem Wettbewerbsrecht dahingehend ergeben, dass mitgliedstaatliche Kartellbehörden oder nationale Gerichte bezüglich solcher Vereinbarungen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinflussen, keine strengeren nationalen Regeln anwenden dürfen, wenn Sie den Wettbewerb im Sinne des Art 81 Abs 1 des Vertrags nicht einschränken oder die Bedingungen des Art 81 Abs 3 EGV erfüllen oder durch eine Verordnung zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV erfasst sind.¹⁸² Bei der

¹⁸⁰ Ellger in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 320, Rz 16 f.

¹⁸¹ Für Zwecke der Vollständigkeit wird darauf hingewiesen, dass die Kommission vor dem Inkrafttreten der VO 1/2003 nicht in jedem Fall Freistellungsentscheidungen getroffen hat; diese waren vielmehr Fällen von besonderer politischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Bedeutung vorbehalten. In der Regel wurden Anmeldungen durch Verwaltungsschreiben (sog Comfort Letters) erledigt, in denen die Kommission bestätigte, dass die fragliche Vereinbarung oder Verhaltensweise keinen Anlass zu einem Einschreiten der Kommission darstelle oder die Voraussetzungen von Art 81 Abs 3 EGV erfüllt seien. Diese Comfort Letters waren jedoch keine Einzelfallentscheidungen und damit rechtlich nicht verbindlich, begründeten aber einen gewissen Vertrauensschutz zugunsten der Unternehmen, da die Kommission nur bei einer wesentlichen Änderung der Sachlage von der im Comfort Letter enthaltenen Entscheidung abweichen durfte. (Vgl. *Bunte in Langen/Bunte*, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 153, Rz 148d)

¹⁸² *Schnelle* folgert aus dieser Bestimmung, dass in oben genannten Fällen nur Gemeinschaftsrecht von den nationalen Kartellbehörden oder Gerichten angewendet werden dürfe (*Schnelle et al*, Das neue EU-Kartellverfahrensrecht, 19 f). Anders sieht dies richtigerweise *de Bronett*, der im Falle der positiven Prüfung der Eignung einer Vereinbarung den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinflussen, eine parallele Anwendung des Gemeinschaftsrechtes neben dem nationalen Recht für geboten erachtet, jedoch keine

Anwendung von Gemeinschaftsrecht dürfen nationalen Gerichte und Behörden nach Art 16 der VO 1/2003 keine Entscheidungen erlassen, die Entscheidungen der Kommission zuwiderlaufen, was der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts dienen soll.

Nach Art 81 Abs 3 EGV können auch ganze Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen vom Kartellverbot im Rahmen von Gruppenvereinbarungen auf der Grundlage einer Verordnung¹⁸³ freigestellt werden, wobei Art 81 Abs 3 EGV den materiellen Rahmen vorgibt.¹⁸⁴ Für ARGE der Bauwirtschaft kommt jedoch keine der Gruppenverordnungen Anwendung.

4.1.4.2 DIE EINZELNEN ELEMENTE VON ART 81 ABS 3 EGV

Art 81 Abs 3 EGV sieht eine strenge Prüfung der einzelnen oben genannten Kriterien vor, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit der Ausnahmetatbestand von Art 81 Abs 3 EGV als erfüllt anzusehen ist; eine Freistellung nach Art 81 Abs 3 EGV ist folglich dann nicht gegeben, wenn nur eine der vier Voraussetzungen nicht vorliegt.¹⁸⁵

Generell ist zu Grunde zu legen, dass die Ausnahmeregel von Art 81 Abs 3 EGV nur so lange gilt, solange die vier Voraussetzungen erfüllt sind. Fällt eine der Voraussetzungen weg, so greift auch der Ausnahmetatbestand von Art 81 Abs 3 EGV nicht mehr. Dies gilt ebenfalls für das Verbot von

Verpflichtung erkennt, nur Gemeinschaftsrecht anwenden zu müssen. Ordnet das nationale Recht jedoch strengere Konsequenzen an, dürfe nationales Recht nicht angewendet werden (*De Bronett*, Kommentar Kartellverfahrensrecht, 36). Allerdings ist es in diesen Fällen sinnvoller und wohl auch einfacher nationale Regelungen außer Acht zu lassen.

¹⁸³ Als Verordnungen gelten die Gruppenfreistellungsverordnungen unmittelbar in den Mitgliedstaaten.

¹⁸⁴ *Wollmann in Mayer*, Kommentar zu EUV und EGV, Art 81, 72. Lfg, Rz 108.

¹⁸⁵ Vgl etwa EuGH 15.03.1996, *SPO*, RS C-137/95 P, Slg 1996, I-01611, 1622f, Rn 34.

Art 81 Abs 1 EGV; eine Vereinbarung ist nur so lange verboten, wie sie eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirkt oder bezweckt.¹⁸⁶

Nach Art 81 Abs 3 EGV können auch Kernbeschränkungen freigestellt sein. Allerdings geht die Kommission davon aus, dass solche Kernbeschränkungen in der Regel nicht die Voraussetzungen von Art 81 Abs 3 EGV erfüllen. Wie die Kommission in den Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV ausführt, erfüllen Kernbeschränkungen aller Wahrscheinlichkeit nach insbesondere die ersten beiden Voraussetzungen von Art 81 Abs 3 EGV nicht, weil sie weder objektive wirtschaftliche Vorteile schaffen, noch den Verbrauchern Vorteile bringen.¹⁸⁷ Da es sich bei ARGE im gegebenen Zusammenhang um Kernbeschränkungen handeln kann, muss die Rechtfertigung umso überzeugender ausfallen.

4.1.4.2.1 VERBESSERUNG DER WARENERZEUGUNG ODER –VERTEILUNG ODER FÖRDERUNG DES TECHNISCHEN ODER WIRTSCHAFTLICHEN FORTSCHRITTS (EFFIZIENZGEWINNE)

Trägt eine Vereinbarung zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung bzw zu einer Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts, also zu gesamtwirtschaftlichen positiven Wirkungen bei, ist – sofern die weiteren Voraussetzungen von Art 81 Abs 3 EGV gegeben sind – der Ausnahmetatbestand als erfüllt zu betrachten. Auch wenn es nicht ausdrücklich in Art 81 Abs 3 EGV erwähnt ist, bezieht sich diese Bestimmung neben Wettbewerbsbeschränkungen bei der Produktion und beim Absatz von Waren analog auch auf solche bei der Erbringung von Dienstleistungen.¹⁸⁸

Die Vereinbarung muss einen Beitrag zur Verwirklichung der in Art 81 Abs 3 EGV genannten Ziele leisten, also zumindest für die Verbesserung

¹⁸⁶ Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV, Rn 44.

¹⁸⁷ Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV, Rn 46.

¹⁸⁸ *Schröter* in *Schröter/Jakob/Medere*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 368, RZ 342.

der Warenerzeugung oder –verteilung oder für allgemeine Fortschritte auf technischem oder wirtschaftlichem Gebiet mitursächlich sein.¹⁸⁹ Dabei verlangt die Kommission einen hinreichend direkten Zusammenhang zwischen der in Frage stehenden Vereinbarung und den geltend gemachten Vorteilen.¹⁹⁰

Es kommt bei der Prüfung, ob die Voraussetzung der Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts gegeben ist, nicht nur darauf an, dass die Umstände faktisch vorliegen, sondern insgesamt müssen auch die mit der betreffenden Vereinbarung verbundenen objektiven Vorteile die mit einem Kartell verbundenen Nachteile deutlich überwiegen, wobei diese "spürbaren" Vorteile im Gebiet der Europäischen Union eintreten müssen.¹⁹¹ Bei dieser Überprüfung wird darauf abgestellt, ob die mit einer, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung verbundenen Vorteile zu einer Steigerung der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt führen.¹⁹²

Daneben muss auch die Wahrscheinlichkeit, das Ausmaß und der Zeitpunkt wann der geltend gemachte Effizienzgewinn erreicht wird, dargelegt werden.¹⁹³

Unter dem Begriff der Verbesserung der Warenerzeugung werden einerseits quantitative Effizienzgewinne (Kosteneinsparungen), andererseits qualitative Effizienzverbesserungen, wie die Entwicklung, Herstellung und Vermarktung neuer Produkte subsumiert.¹⁹⁴ 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.

¹⁸⁹ Schröter in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 368, RZ 342.

¹⁹⁰ Ellger in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 357, RZ 153.

¹⁹¹ Eilmansberger in Streinz (Hrsg), EUV/EGV, 973, Rz 131.

¹⁹² Ellger in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, Art 81 Abs 3 EGV, RZ 150f.

¹⁹³ Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs 3 EGV, Rn 51.

¹⁹⁴ Ellger in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, Art 81 Abs 3, RZ 168 ff.

Bei Vergabeverfahren könnte ein Nachweis im Zusammenhang mit dem Argument, dass das betreffende Angebot das für den Auftraggeber preisgünstigste ist, erfolgen. Vor Gründung der ARGE ist jedoch Vorsicht geboten. 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 wäre.

Eine Verbesserung der Warenverteilung kann etwa bei der Erschließung neuer Absatzmärkte, bei durch Unternehmenskooperationen errichtete Vertriebsnetze oder bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zum Zwecke des Vertriebs vorliegen.¹⁹⁵

Das Tatbestandmerkmal der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts zielt auf die Kooperation von Unternehmen insbesondere im Bereich der Forschung und Entwicklung ab. Die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts wird vor allem bei der Entwicklung eines neuen Produktes oder der Verbesserung eines bereits vorhandenen Produktes sowie bei der Entwicklung und Einführung neuer Technologien und Produktionsverfahren angenommen.¹⁹⁶

4.1.4.2.2 ANGEMESSENE BETEILIGUNG DER VERBRAUCHER AM ENTSTEHENDEN GEWINN

Da der Konsumentenwohlstand ein elementares Ziel der europäischen Wettbewerbspolitik darstellt, ist die angemessene Beteiligung der Verbraucher notwendig zur Erfüllung des Ausnahmetatbestands von Art 81 Abs 3 EGV.

Der Begriff des "Verbrauchers" wird weit ausgelegt und umfasst alle Abnehmer der betroffenen Leistungen, aber auch jene Teile der Allgemeinheit, die durch die

¹⁹⁵ Ellger in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 368, Rz 183 und 379, Rz 204.

¹⁹⁶ Ellger in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 355, Rz 148 und 388, Rz 218.

Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar betroffen sind.¹⁹⁷ Diese Verbraucher können neben Endkunden auch Unternehmer sein.¹⁹⁸ In Vergabeverfahren können daher Auftraggeber "Verbraucher" iSv Art 81 Abs 3 EGV sein. Durch das Angebot der ARGE müssten folglich Kosteneinsparungen in angemessener Höhe an den Auftraggeber weitergegeben werden.

Die Voraussetzung der angemessenen Beteiligung der Verbraucher gilt dann als erfüllt, wenn sich durch die Weitergabe der Vorteile an die Verbraucher, die sich aus der in Frage stehenden Vereinbarung ergeben, die tatsächlichen oder voraussichtlichen negativen Auswirkungen zumindest ausgleichen lassen. Besteht die Möglichkeit, dass eine in Frage stehende Vereinbarung zu höheren Preisen führt, müssen diese etwa in Form verbesserter Qualität oder anderer Vorteile ausgeglichen werden. Die Weitergabe der Effizienzgewinne kann auch mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung erfolgen – je länger diese Verzögerung jedoch dauert, desto größer müssen die Effizienzgewinne sein, damit die Verbraucher für den Verlust während des Zeitraumes vor der Weitergabe der Gewinne entschädigt werden.¹⁹⁹

Die notwendige Höhe der Effizienzgewinne und deren Weitergabe an die Verbraucher hängt damit zusammen, wie schwerwiegend die nach Art 81 Abs 1 EGV festgestellte Wettbewerbsbeschränkung ist. Je größer die Wettbewerbsbeschränkung ist, desto höher müssen auch die Effizienzgewinne und die Beteiligung der Verbraucher daran ausfallen.²⁰⁰ Folglich müssen bei wettbewerbsbeschränkenden ARGE, die Kernbeschränkungen darstellen können, besonders hohe weitergegebene Effizienzgewinne nachgewiesen werden.

¹⁹⁷ *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV, 974, Rz 133.

¹⁹⁸ Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV, Rn 84.

¹⁹⁹ Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV, Rn 85 ff.

²⁰⁰ Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV, Rn 90.

4.1.4.2.3 KEINE BESCHRÄNKUNGEN, DIE ZUR VERWIRKLICHUNG DER ZIELE VON ART 81 EGV NICHT UNERLÄSSLICH SIND

Schutzzweck von Art 81 EGV ist der funktionsfähige Wettbewerb; daher sollen nur solche Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot nach Art 81 Abs 1 EGV ausgenommen sein, die notwendig, also unerlässlich für die Vereinbarung und ihre positiven Folgen sind. Wenn die Ziele der Kooperation auch durch andere, nicht wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen oder wettbewerbskonformere Lösungen erreicht werden können, greift der Ausnahmetatbestand von Art 81 Abs 3 EGV nicht.²⁰¹

Nach den Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV legt die Kommission ein zweistufiges Prüfungsmodell fest. In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob die Vereinbarung insgesamt vernünftigerweise notwendig ist, um die Effizienzziele zu erreichen. In der Folge ist zu prüfen, ob die einzelnen sich aus der Vereinbarung ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen hierfür vernünftigerweise notwendig sind.²⁰²

Hinsichtlich ARGE ist im Hinblick auf die Unerlässlichkeit insbesondere das Urteil *BT-MCI*²⁰³ der Kommission einschlägig. Im Rahmen der genannten Entscheidung hat die Kommission einzelne mit der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zusammenhängende Klauseln hinsichtlich Art 81 Abs 3 EGV untersucht und kam bei der Prüfung der Unerlässlichkeit 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. Diese von der Kommission vertretene Ansicht kann auch hinsichtlich der Überprüfung einer ARGE hilfreich sein, um die Unerlässlichkeit einer grundsätzlich nach Art 81 Abs 1 EGV wettbewerbsbeschränkenden ARGE darzulegen. Sofern die

²⁰¹ Bunte in *Langen/Bunte*, Kommentar Kartellrecht¹⁰, Band 2, 159, Rz 161.

²⁰² Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV, Rn 73.

²⁰³ Kommission 27.7.1994, *BT-MCI*, 1994 L 223/36, Rn 58.

anderen Voraussetzungen von Art 81 Abs 3 EGV gegeben sind, wäre der Ausnahmetatbestand als erfüllt anzusehen.

4.1.4.2.4 KEINE ERÖFFNUNG VON MÖGLICHKEITEN, FÜR EINEN WESENTLICHEN TEIL DER BETREFFENDEN WAREN DEN WETTBEWERB AUSZUSCHALTEN

Um zu prüfen, ob der Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren ausgeschaltet wird, muss in einem ersten Schritt der relevante Markt abgegrenzt werden, wobei die gleichen Maßstäbe anzusetzen sind wie im Rahmen der Prüfung von Art 81 Abs 1 EGV.²⁰⁴ Durch diese Voraussetzung soll sichergestellt werden, dass ein bestehender Wettbewerb auf dem betreffenden Markt erhalten bleibt. Daraus ergibt sich, dass im Ergebnis dem Schutz des Wettbewerbs Vorrang vor potentiell wettbewerbsfördernden Effizienzgewinnen eingeräumt wird.²⁰⁵

Im Rahmen der Prüfung, ob die betreffende Vereinbarung geeignet ist, den Wettbewerb auf dem sachlich relevanten Markt auszuschalten, ist der Grad an Wettbewerb auf dem relevanten Markt vor Abschluss der Vereinbarung mit der Wettbewerbssituation nach Abschluss der Vereinbarung und den damit zusammenhängenden Wettbewerbsbeschränkungen zu vergleichen. Dabei ist zu beachten, dass bei einem bereits geschwächten Markt schon vergleichsweise geringfügige Wettbewerbsbeschränkungen ausreichen können, um den Wettbewerb auf dem relevanten Markt auszuschließen.²⁰⁶

Von besonderer Bedeutung sind die Marktanteile der an der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beteiligten Unternehmen. In der Verwaltungspraxis der Kommission haben sich dabei folgende Leitlinien gebildet: Sofern der Marktanteil der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen 30% nicht überschreitet, haben die Unternehmen in der Regel nicht die Möglichkeit

²⁰⁴ Siehe oben unter 4.1.3.4.6.

²⁰⁵ Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV, Rn 105 ff.

²⁰⁶ Ellger in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 418, Rz 288.

den Wettbewerb auf dem relevanten Markt auszuschalten. Ab einem kombinierten Marktanteil zwischen 30 und 50% im Einzelfall zu untersuchen, ob es den Unternehmen durch die Vereinbarung ermöglicht wurde, den Wettbewerb auf dem relevanten Markt auszuschalten. Ab einem kombinierten Marktanteil der beteiligten Unternehmen von über 50% ist es zunehmend zweifelhaft und ab einem kombinierten Marktanteil von über 80% in der Regel ausgeschlossen, dass die Freistellungsvoraussetzung erfüllt ist.²⁰⁷

Im Hinblick auf ARGE kommt es im gegebenen Zusammenhang insbesondere auf den vergaberechtlichen Parallelwettbewerb an. Die Gründung einer ARGE dürfte dann besonders problematisch sein, wenn kein weiteres Angebot von anderen Unternehmen erfolgt, da eben in diesem Fall der Wettbewerb ausgeschaltet wäre.

4.1.5 DIE ARGE ALS GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMEN

Hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung ist zu prüfen, ob ARGE als Gemeinschaftsunternehmen einzustufen sind und als solches möglicherweise einen Zusammenschluss im Sinne der FKVO²⁰⁸ darstellen können.

Der Begriff des "Gemeinschaftsunternehmens" wird weder im KartG noch in der FKVO definiert. Allgemein wird unter dem Begriff des Gemeinschaftsunternehmens ein Unternehmen verstanden, dass von mehreren Unternehmen (den Gründern) gemeinsam kontrolliert wird. Von einer gemeinsamen Kontrolle kann dann gesprochen werden, wenn die Gründer bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen, was insbesondere durch eine paritätische Verteilung der Stimmrechte im Gemeinschaftsunternehmen begründet wird. Daneben kann auch das Einräumen spezieller Sonderrechte, wie beispielsweise

²⁰⁷ Ellger in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG⁴, Teil 1, 419, Rz 293 ff.

²⁰⁸ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. ABl Nr L 24 vom 29.1.2004, 1 ("FKVO").

hinsichtlich der Besetzung der Unternehmensleitung oder der Finanzform, zu einer "gemeinsamen Kontrolle" führen.²⁰⁹

Grundsätzlich kann der Zusammenschluss in eine ARGE ein Gemeinschaftsunternehmen darstellen. Unter die FKVO werden ARGE typischerweise jedoch aus zwei Gründen nicht fallen. Einerseits ist wohl in der Regel davon auszugehen, dass ein solcher Zusammenschluss keine gemeinschaftsweite Bedeutung hat, also die Umsatzschwellen²¹⁰ der FKVO nicht erreicht bzw überschritten werden; zudem wird auch das Kriterium von Art 3 Abs 4 FKVO, die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer angelegt ist, in aller Regel nicht erfüllt sein, da ARGE typischerweise nur projektbezogen gegründet werden. Aber auch wenn man von einem auf Dauer angelegten Gemeinschaftsunternehmen ausginge, würde wohl die notwendige Eigenschaft eines Vollfunktionsunternehmens fehlen. Wenn die ARGE als Gemeinschaftsunternehmen nur auf die Legung eines Angebotes und im Falle des Zuschlags auf die Abwicklung des betreffenden Projekts beschränkt ist, was ja ein Charakteristikum der ARGE (zumindest der "klassischen ARGE") ist, so verfügt das Gemeinschaftsunternehmen weder über eine Eigenständigkeit auf den Beschaffungsmärkten, noch tritt es wie andere Unternehmen selbständig am Markt auf. Vielmehr erfüllt die ARGE "nur" die Hilfsfunktion, den involvierten Unternehmen die gemeinsame Beteiligung an einer Ausschreibung (und im Falle des Zuschlags an der gemeinsamen Durchführung des ausgeschriebenen Projekts) zu ermöglichen.²¹¹

Selbst wenn im unwahrscheinlichen Einzelfall die ARGE als Vollfunktionsunternehmen zu charakterisieren wäre und insofern eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt wird – was in diesem Zusammenhang in der Regel

²⁰⁹ Barfuss et al, Österreichisches Kartellrecht, 117 f.

²¹⁰ Nach Artikel 1 FKVO hat ein Zusammenschluss dann gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn alle beteiligten Unternehmen zusammen mehr als € 5 Mrd weltweit erzielen und wenn ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als € 250 Mio erzielt wird.

²¹¹ Karollus/Artmann, Bietergemeinschaften im europäischen Recht, wbl 2001, 453.

angenommen werden kann – wären gemäß Art 2 Abs 4 FKVO ohnehin Art 81 Abs 1 und 3 EGV anzuwenden. Die wettbewerbsrechtliche Würdigung nach der FKVO würde daher zu dem gleichen Ergebnis wie die Prüfung nur nach Art 81 EGV führen. Der Vorteil der Beurteilung nach der FKVO bestünde jedoch in der Rechtssicherheit für die Unternehmen, denn nach Art 8 Abs 3 iVm Art 2 Abs 4 FKVO umfasst die Entscheidungsbefugnis der Kommission auch die Feststellung, ob der Zusammenschluss den Kriterien des Art 81 Abs 3 EGV entspricht. Bei einer Freigabe wären die Unternehmen also sicher, dass die Gründung der ARGE als Gemeinschaftsunternehmen keine verbotene Wettbewerbsbeschränkung nach Art 81 EGV darstellt.²¹²

4.2 DAS ÖSTERREICHISCHE KARTELLRECHT

Mit dem KartG 2005, das am 1. Januar 2006 in Kraft getreten ist, wurden gemeinschaftsrechtliche Vorgaben, insbesondere jene der VO 1/2003, umgesetzt und das System der Legalausnahme eingeführt. Neben diesen vorwiegend verfahrensrechtlichen Änderungen wurde auch der Kartelltatbestand an Art 81 EGV angepasst, wodurch die frühere Systematik der einzelnen Kartellformen entfallen und durch ein allgemeines Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen (§ 1 KartG 2005, Kartellverbot) samt Ausnahmetatbestand (§ 2 KartG 2005) nach gemeinschaftsrechtlichem Vorbild ersetzt worden ist.

Aufgrund der inhaltlichen Überschneidungen und der im Ergebnis grundsätzlich gleichen wettbewerbsrechtlichen Einschätzungen werden im Rahmen der folgenden Darstellung nur Grundzüge und Besonderheiten des österreichischen Kartellrechts im Unterschied zum EG-Kartellrecht erläutert.

²¹² Im Gegensatz dazu fehlt im österreichischen Kartellverfahren die Möglichkeit, einen Zusammenschluss zu untersagen, weil er gegen das Kartellverbot verstößt (Reidlinger/Hartung, Das neue österreichische Kartellrecht, 154).

4.2.1 DIE BESEITIGUNG DER KARTELLRECHTLICHEN IMMUNITÄT VON ARGE

Die Kartellrechtsnovelle im Jahr 2002²¹³ hatte eine zentrale Bedeutung für ARGE. Diese waren vor Inkrafttreten der Kartellrechtsnovelle 2002 aufgrund einer auf der Grundlage von § 17 KartG 1988 ergangenen Durchführungsverordnung²¹⁴ von der Anwendung des KartG 1988 ausgenommen.²¹⁵ Eine solche Freistellungsverordnung gab es bereits auf der Grundlage des KartG 1972. Diese Freistellungsverordnung, welche ARGE in Vergabeverfahren "Kartellrechtsimmunität" attestierte, und zwar ohne jedwede zusätzliche Voraussetzung, wurde zu Recht, insbesondere von *Aicher* in der Literatur kritisiert.²¹⁶

Durch die Kartellrechtsnovelle im Jahre 2002 wurde dieser Verordnung jedoch die gesetzliche Grundlage entzogen. Bis zur Novelle im Jahre 2002 bezog sich die gesetzliche Ermächtigung des Bundesministers für Justiz auf demonstrativ aufgezählte Formen zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit sowie volkswirtschaftlich gebotene Kartelle. Mit der Kartellrechtsnovelle wurde aus dieser demonstrativen Aufzählung eine taxative, womit nur mehr bestimmte ARGE – keinesfalls aber solche zur Durchführung eines Bauvorhabens – inkludiert waren. Nach *Gruber* führte dies dazu, dass die Freistellungsverordnung mit dem In-Kraft-Treten der Änderung des KartG am 1.6.2002 außer Kraft getreten ist²¹⁷. *Gruber* stützt sich mit dieser Ansicht auf die nicht unumstrittene Herzog-Mantel-Theorie.²¹⁸

²¹³ BGBl I 2002/62.

²¹⁴ Verordnung des Bundesministers für Justiz vom 6. April 1989 zur Durchführung des § 17 des Kartellgesetzes 1988, BGBl 1989/185.

²¹⁵ Siehe § 1 lit c der Freistellungsverordnung.

²¹⁶ So *Aicher* in *Krejci*, Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, 191 ff.

²¹⁷ *Gruber*, Arbeitsgemeinschaften nicht mehr kartellrechtsimmun – Grund zur Sorge?, ZVB 2004, 4.

²¹⁸ Siehe *Müller*, RPA 2004, 148. Nach der Herzog-Mantel-Theorie verliert eine Durchführungsverordnung mit Außerkrafttreten des ihr zugrunde liegenden Gesetzes ihre Geltung (*Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹, RZ 598).

Mittlerweile hat sich die Ansicht von *Gruber* in der Literatur²¹⁹ sowie in der Rechtsprechung durchgesetzt²²⁰, weswegen *de facto* (und im Ergebnis richtigerweise) davon auszugehen ist, dass mit Inkrafttreten der KartG-Novelle 2002 am 1.7.2002 ARGE nicht mehr freigestellt sind und als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach § 1 KartG 2005 – mangels Erfüllen der Voraussetzung des Ausnahmetatbestands nach § 2 KartG 2005 – verboten sein können und somit der die ARGE konstituierende Gesellschaftsvertrag aufgrund der Kartellrechtsverletzung nichtig sein kann.

4.2.2 DER ANWENDUNGSBEREICH DES KARTG 2005

Wie oben dargestellt wurde²²¹, ist das EG-Kartellrecht nur anwendbar auf Wettbewerbsbeschränkungen, welche zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten geeignet sind. Im Einklang damit stehen die Vorschriften des österreichischen Kartellrechts. Nach § 24 Abs 2 KartG 2005 ist das KartG 2005 nur auf solche Sachverhalte anwendbar, die sich auf den inländischen Markt auswirken, und zwar unabhängig davon, ob der betreffende Sachverhalt im In- oder Ausland verwirklicht worden ist. Eine potentielle Auswirkung auf den inländischen Markt ist hingegen nicht geeignet, die Anwendung des österreichischen Kartellrechts zu begründen.²²² § 24 Abs 3 KartG 2005 beinhaltet eine Auflistung jener Tatbestände, die dem Anwendungsbereich des KartG 2005 entzogen sind,²²³ wobei es sich um eine für das dieser Arbeit zugrunde liegende Thema irrelevante Bestimmung handelt.

Es ist somit möglich, dass ein Sachverhalt nicht nur dem österreichischen, sondern auch dem EG-Kartellrecht unterliegt, etwa weil sich ein Sachverhalt nicht

²¹⁹ Siehe etwa *Öhler/Schramm* in *Schramm et al*, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar, § 30, Rz 41.

²²⁰ VKS Wien 18.10.2007, VKS-4093/07.

²²¹ Siehe oben unter Punkt 4.1.3.1.

²²² Siehe *Urlesberger/Haid* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz, § 24, RZ 4.

²²³ Dabei handelt es sich um Sachverhalte, die nach einer gesetzlichen Bestimmungen unter die Aufsicht einer speziellen Behörde gestellt sind; zudem unterliegen staatliche Monopolunternehmen nicht dem KartG 2005.

nur im Inland auswirkt, sondern auch geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dabei kann eine Anwendung beider Rechtsregime zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Gelöst wird eine solche Konstellation durch den grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts.²²⁴

Art 3 der VO 1/2003 statuiert für diesen Fall, dass Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten nationales und Gemeinschaftsrecht anwenden können, sich bei Abweichungen jedoch Art 81 EGV durchsetzt. Aus diesem Grund ist auch etwa die Anwendung strengerer innerstaatlicher Anwendungen ausgeschlossen. Damit beschränkt sich im Ergebnis die uneingeschränkte Anwendbarkeit des innerstaatlichen Kartellrechts auf solche Sachverhalte, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.²²⁵

Ferner bestimmt Art 16 der VO 1/2003, dass die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten im Sinne der einheitlichen Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts bei der Anwendung des EG-Kartellrechts keine Entscheidungen treffen dürfen, die in der Beurteilung von Sachverhalten einer zum selben Sachverhalt bereits vorliegenden Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen.²²⁶

4.2.3 DAS KARTELLVERBOT NACH § 1 KARTG

Nach § 1 KartG sind *"alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken"* verboten. Insbesondere ist nach § 1 Abs 2 Z 3 KartG die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen verboten. Gemäß § 1 Abs 3 KartG sind die nach

²²⁴ Siehe etwa *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht, 26.

²²⁵ Siehe etwa *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 71, Rz 15 ff.

²²⁶ *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht, 28 f.

Abs 1 verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse – sofern nicht die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands von § 2 KartG erfüllt sind – nichtig.

In materiellrechtlicher Hinsicht unterscheidet sich das österreichische Kartellverbot fast nicht mehr von seinem gemeinschaftsrechtlichen Vorbild. Aufgrund dessen kann sich die Darstellung des österreichischen Kartellrechts im Hinblick auf die oben erläuterte gemeinschaftsrechtliche Rechtslage auf die wesentlichen Punkte und mögliche Unterschiede zu Art 81 EGV beschränken, zumal nach einer Entscheidung des KOG die Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsorgane zu Art 81 EGV heranzuziehen ist²²⁷, auch wenn, rein formal betrachtet, die gemeinschaftsrechtliche Judikatur mangels Zwischenstaatlichkeitsbezug iSv Art 81 EGV nicht verbindlich ist.²²⁸

4.2.3.1 DER SCHUTZZWECK DES KARTELLVERBOTS

Das Kartellrecht ist nach der Rechtsprechung des Kartellobergerichts auf die *"hinreichende Aufrechterhaltung des Wettbewerbs auf dem österreichischen Markt gerichtet"*²²⁹. Schutzzweck des Kartellverbots ist die Verhinderung bzw Eindämmung gesamtwirtschaftlich nachteiliger Folgen, die sich ergeben können, wenn Unternehmen ihre Preis- und Konditionengestaltung sowie Mengenbildung nicht mehr anhand der Marktverhältnisse entwickeln, sondern zum Gegenstand von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen machen. Diese Nachteile bestehen in wirtschaftlicher Sicht insbesondere in überhöhten Preisen für Verbraucher und langfristig weniger Innovation sowie einer Einschränkung des Angebots. Neben den Verbrauchern werden auch Wettbewerber geschädigt, die nicht Teil der betroffenen Vereinbarung sind, weswegen der Schutzzweck des Kartellverbotes auch den Schutz der einzelnen Wettbewerber umfasst.²³⁰

²²⁷ OGH als KOG 26.6.2006, 16 Ok 51/05, *Asphaltemischanlage II*.

²²⁸ *Hoffer*, Kartellgesetz, 13.

²²⁹ OGH als KOG 09.12.1996, 16 Ok1/95.

²³⁰ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, 17.

4.2.3.2 DIE TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN VON § 1 KARTG

Nach der Rechtssprechung des Kartellobergerichts deckt sich § 1 Abs 1 KartG inhaltlich mit Art 81 erster Satz EGV, mit Ausnahme des in der gemeinschaftsrechtlichen Norm genannten Tatbestandsmerkmals der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.²³¹

§ 1 KartG wendet sich an Unternehmer oder Unternehmervereinigungen. Wie auch im Gemeinschaftsrecht legt die Rechtsprechung dem KartG einen funktionalen Unternehmerbegriff zu Grunde.²³² Es kommt auf eine als Unternehmen qualifizierbare Tätigkeit an.²³³ BIEGE oder ARGE sind – wie schon oben unter 4.1.3.2 dargestellt wurde – jedenfalls als Unternehmen im Sinne des § 1 KartG zu verstehen.

Umfasst vom Kartellverbot sind Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Wie nach EG-Kartellrecht stellen die eine BIEGE oder eine ARGE konstituierende Verträge eine Vereinbarung im Sinne von § 1 KartG 2005 dar.

Als letztes Tatbestandsmerkmal muss mit der Vereinbarung oder sonstigen unter § 1 KartG subsumierbaren Verhaltensweisen eine Wettbewerbsbeschränkung verbunden sein. Diese Frage ist letztlich die ausschlaggebende, da – sofern der Ausnahmetatbestand von § 2 KartG 2005 nicht erfüllt ist – deren Beantwortung Auskunft darüber gibt, ob ein Zusammenschluss in eine BIEGE oder eine ARGE einen Kartellrechtsverstoß darstellt oder nicht.

²³¹ OGH als KOG 26.06.2006, 16 Ok 51/05, *Asphaltemischanlage II*.

²³² OGH als KOG 14.6.2004, 16 Ok 5/04.

²³³ *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht. 34.

4.2.3.2.1 DIE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG NACH § 1 KARTG

Die Unterscheidung zwischen den in § 1 KartG 2005 genannten Verhaltensweisen der "Verhinderung", "Einschränkung" und "Verfälschung" des Wettbewerbs spielt auch in der österreichischen Praxis keine Rolle.²³⁴ Allenfalls kann diese Unterscheidung bei dem bei der Geldbußenbemessung zu berücksichtigende Grad des Verschuldens relevant werden.

Nach der Rechtsprechung des Kartellobergerichts liegt eine Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich vor, wenn die wettbewerblich relevante Handlungsfreiheit aller oder einzelner der an einer der § 1 Abs 1 KartG 2005 genannten Koordinierungsformen beteiligten Unternehmer aufgrund der Vereinbarung beeinträchtigt wird.²³⁵

Die Unterscheidung zwischen einer bezweckten und einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung ist auch nach österreichischem Kartellrecht von Bedeutung. Ob eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, bestimmt sich nach ihrer objektiven Eignung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs herbeizuführen.²³⁶ Um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich dann, wenn sie geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken, weil sie ein derart großes Potential für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, dass ein Nachweis ihrer tatsächlichen Auswirkungen im Markt nicht notwendig ist.²³⁷ Auf die Absicht der Parteien kommt es – im Sinne einer notwendigen Voraussetzung – nicht an.²³⁸

Bei ARGE wird es sich – sofern mit ihnen eine Wettbewerbsbeschränkung verbunden ist – auch nach österreichischen um eine bezweckte Kernbeschränkung

²³⁴ Vgl etwa OGH als KOG 26.06.2006, 16 Ok 51/05, *Asphaltnischanlage II*.

²³⁵ Vgl etwa OGH als KOG 26.06.2006, 16 Ok 51/05, *Asphaltnischanlage II*.

²³⁶ So OGH 26.6.2006, 16 Ok 51/05.

²³⁷ Siehe *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht, 49, mwN.

²³⁸ OLG als KG 29.11.1999, 26 Kt 71/98.

handeln, da es sich im Ergebnis um eine Marktaufteilung, also klassische Kernbeschränkungen des Wettbewerbs handelt.²³⁹

Sofern Vereinbarungen zwar keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung enthalten, jedoch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, werden sie dann vom Kartellverbot erfasst wenn sie den bestehenden oder potentiellen Wettbewerb in einem solchen Ausmaß beeinträchtigen können, dass sie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit negative Auswirkungen auf Preise, Produktionsmengen, Innovationen oder Vielfalt bzw Qualität von Waren und Dienstleistungen erwarten lassen.²⁴⁰

Mangels widersprechender einschlägiger österreichischer Entscheidungen sind auch im österreichischen Recht hinsichtlich der kartellrechtlichen Zuverlässigkeit die oben unter 4.1.3.4.7 dargestellten Kriterien heranzuziehen.

Zusammengefasst sind ARGE in den folgenden Konstellationen grundsätzlich nicht als Wettbewerbsbeschränkung zu betrachten:

- Die Mitglieder der ARGE sind ohne die Zusammenarbeit faktisch nicht in der Lage, ein Angebot abzugeben; in diesem Fall handelt es sich bei den Mitgliedern weder um aktuelle, noch potenzielle Wettbewerber, weswegen eine Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich ausgeschlossen ist;
- Es handelt sich zwar bei den Mitgliedern der ARGE auf den ersten Blick um aktuelle oder potenzielle Wettbewerber, die das betreffende Produkt rein faktisch alleine produzieren bzw die betreffende Leistung alleine erbringen können, jedoch liegen andere Gründe (etwa Nichtvorliegen einer notwendigen Genehmigung oder das Fehlen von ausreichendem Fachpersonal oder technischen Einrichtungen) vor, weswegen die

²³⁹ Vgl OGH als KOG 21.3.2007, 16 Ok 12/06, *Haftungsverbund*.

²⁴⁰ Siehe *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht, 50, mwN.

Mitglieder der ARGE nachweislich nicht in der Lage sind, das konkrete Projekt alleine auszuführen²⁴¹;

- Die Mitglieder der ARGE können objektive, nachvollziehbare wirtschaftliche Gründe nachweisen, aufgrund derer die Zusammenarbeit unerlässlich ist.

Aber auch wenn die oben genannten Konstellationen gegeben sind, kann eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, und zwar wenn (ein oder mehrere) Unternehmen mit erheblicher Marktmacht Mitglied der betroffenen ARGE sind sowie auch dann, wenn im konkreten Fall ein Markt mit nur sehr wenigen Wettbewerbern vorliegt.

Sofern die ARGE eine grundsätzlich nach § 1 KartG 2005 kartellrechtswidrige Vereinbarung darstellt, kann diese jedoch aufgrund der in § 2 Abs 1 KartG 2005 enthaltenen Legalsausnahme vom Kartellverbot ausgenommen sein bzw nach § 2 Abs 2 Z 1 KartG 2005 ein Bagatellkartell darstellen und aufgrund dessen vom Kartellverbot ausgenommen sein.

4.2.3.2.2 DIE EINSCHLÄGIGE ÖSTERREICHISCHE JUDIKATUR ZU ARGE

Obwohl das Thema der kartellrechtlichen Zulässigkeit von ARGE in Vergabeverfahren einiges an Brisanz zu bieten hat und schon mehrfach in der österreichischen Literatur behandelt wurde, gibt es bislang keine aussagekräftige Judikatur des Kartellgerichts oder des Kartellobergerichts zur kartellrechtlichen Zuverlässigkeit der Gründung einer ARGE im Vergabeverfahren, obwohl es an Anlassfällen wohl nicht fehlen dürfte. Dies lässt sich vermutlich auch durch die in diesem Themenbereich immer noch herrschende Rechtsunsicherheit mangelnde Sensibilität erklären. Hinzuweisen ist jedoch auf die diesbezügliche vergaberechtliche Judikatur, die im sechsten Kapitel dieser Arbeit unten behandelt werden.

²⁴¹ In diesem Fall würde es sich bei den Mitgliedern der ARGE letztlich nicht um Wettbewerber handeln.

In einer Entscheidung des Kartellgerichts vom 9. Juli 2001 wurde zwar ein Untersagungsantrag wegen verbotener Durchführung eines Kartells durch Bildung einer BIEGE abgewiesen, allerdings ohne auf die Frage der Zulässigkeit der BIEGE einzugehen.²⁴²

Allerdings hat mittlerweile der VKS Wien²⁴³ judiziert, dass eine ARGE zulässig ist, wenn sie zur Abgabe eines Erfolg versprechenden Angebots erforderlich ist, weil die Mitglieder der ARGE jeweils allein nicht über ausreichende Kapazität verfügen würden. Diese Entscheidung entspricht den oben erläuterten gemeinschaftsrechtlichen Kriterien. Langfristig ist wohl davon auszugehen, dass die gemeinschaftsrechtlichen Kriterien Einzug in die österreichische Judikatur halten werden.

4.2.4 DER AUSNAHMETATBESTAND NACH § 2 KARTG

Nach § 2 Abs 1 KartG sind solche Kartelle vom Verbot nach § 1 KartG 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."*

Bei den Ausnahmetatbeständen handelt es sich exakt um die gleichen Tatbestände, die auch das EG-Kartellrecht in Art 81 Abs 3 EGV statuiert.

Aufgrund der wortgleichen Übernahme von Art 81 Abs 3 EGV in das österreichische Recht und der gleichen inhaltlichen Bewertung erübrigt sich eine getrennte Betrachtung und wird daher auf die Darstellung oben unter 4.1.4 verwiesen.

²⁴² OLG als Kartellgericht 9.7.2001, 29 Kt 456/99-31.

²⁴³ VKS Wien 18. 10. 2007, VKS-4093/07.

Demgegenüber unterscheidet sich der Bagatelltatbestand jedoch wesentlich von der *de-minimis* Bekanntmachung.

4.2.4.1 BAGATELLKARTELL

Wie auch im EG-Kartellrecht ist das österreichische Kartellrecht nur bei Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung anzuwenden. Zur Beurteilung der Spürbarkeit sind nach der Rechtsprechung des OGH der Marktanteil, die Marktstellung, die finanziellen Ressourcen und der Umfang der Produktion der beteiligten Unternehmer sowie der Umfang der betroffenen Handelsströme heranzuziehen.²⁴⁴

Das KartG 2005 liefert mit seiner Bestimmung über Bagatellkartelle eine der *de minimis* Bekanntmachung vergleichbare Bestimmung, mit dem Unterschied, dass § 2 Abs 2 Z 1 KartG als Teil des KartG normative Kraft und uneingeschränkte Anwendbarkeit auf Kartelle iSd § 1 KartG zukommt. Der *de minimis* Bekanntmachung kommt demgegenüber keine normative Wirkung zu; nur die Kommission bindet sich durch ihre Leitlinien.²⁴⁵

Wie die *de minimis* Bekanntmachung orientiert sich auch die österreichische Regelung hinsichtlich eines Bagatellkartells an den Marktanteilen der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmer.

Sofern die an einem Kartell beteiligten Unternehmen am gesamten inländischen Markt einen Anteil von nicht mehr als 5% und an einem allfälligen inländischen räumlichen Teilmarkt einen Marktanteil von nicht mehr als 25%²⁴⁶ haben, sind sie vom Kartellverbot ausgenommen.

²⁴⁴ So etwa OGH 25.10.96, 1 Ob 2362/96a; OGH 22.2.2001, 6 Ob 322/00x; OGH 15.10.2002, 4 Ob 201/02s.

²⁴⁵ Vgl dazu schon oben unter 4.1.3.4.5.

²⁴⁶ Im Hinblick auf diese Regelungen ist daher in der Praxis ausnahmsweise aus Sicht der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen eine enge Marktabgrenzung wünschenswert.

Die österreichische Bestimmung zu Bagatellkartellen entscheidet sich in einem elementaren Punkt von der gemeinschaftsrechtlichen Rechtslage: nach österreichischen Recht gilt die Bagatellkartellbestimmung auch für Kernbeschränkungen. Im EG-Kartellrecht sind Kernbeschränkungen dagegen von der *de-minimis* Regelung nicht umfasst. Somit sind ARGE, die als Kernbeschränkung einzustufen sind, sofern sie die Marktanteils Grenzen nicht überschreiten nach österreichischem Kartellrecht zulässig.

Dafür sind jedoch die Marktanteilsschwellen nach EG-Kartellrecht höher; bei Vereinbarungen zwischen tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern beträgt die Marktanteilsschwelle 10%, bei Nichtwettbewerbern darf der gemeinsame Marktanteil die Schwelle von 15% nicht überschreiten.²⁴⁷

Im Rahmen von § 2 Abs 2 Z 1 KartG kommt es nicht auf die Auswirkungen der konkreten Wettbewerbsbeschränkung an; ebenso wenig ist ein Gegenbeweis vorgesehen, wie ihn die *de-minimis* Bekanntmachung bei Überschreiten der Marktanteile zulässt.²⁴⁸

Damit sind ARGE kleinere Unternehmer oftmals vom Kartellverbot nach § 1 KartG 2005 ausgenommen; sobald sich jedoch im Gegenzug ein marktbeherrschendes Unternehmen an der ARGE beteiligt, wird § 2 Abs 2 KartG 2005 in der Regel keine Anwendung finden.

²⁴⁷ Siehe dazu oben unter 4.1.3.4.5.

²⁴⁸ Hoffer, Kartellgesetz, 37.

5. VERGABERECHTLICHE BETRACHTUNG

Die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 zur Koordinierung des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge und die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste sind mit ihrer Veröffentlichung im EU-Amtsblatt am 30.4.2004 in Kraft getreten.

In Österreich wurden die Vorgaben dieser Richtlinien durch das BVergG 2006 umgesetzt, welches am 1.1.2008 in Kraft getreten ist und durch die Gesetzesnovelle mit BGBl I Nr 86 vom 26.11.2007 in wenigen Punkten geändert wurde. Daneben gibt es neun Landesvergabekontrollgesetze, die im Wesentlichen nur die Rechtsmittelinstanz in Landes-Vergabeangelegenheiten festlegen.²⁴⁹

Da für die Zwecke der vorliegenden Arbeit die instanzrechtlichen und verfahrensrechtlichen Regelungen nicht relevant sind, beschränkt sich die folgende Darstellung auf eine Auseinandersetzung mit einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2006.

5.1 ANWENDBARKEIT DES VERGABERECHTS

In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, auf welche Vergabevorgänge das BVergG 2006 anzuwenden ist.

Ob die Bestimmungen des BVergG 2006 anzuwenden sind, richtet sich nach dem in den §§ 3 bis 9 BVergG 2006 festgelegten persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich.

²⁴⁹ Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich, 28 ff.

5.1.1 DER PERSÖNLICHE ANWENDUNGSBEREICH

Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2006 knüpft grundsätzlich daran an, ob es sich um eine öffentliche Auftragsvergabe handelt, also ob die Leistung von einem öffentlichen Auftraggeber ausgeschrieben wurde. Unter einem öffentlichen Auftraggeber versteht das BVergG 2006 den Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die zwar keine klassischen öffentlichen Auftraggeber sind, aber dennoch eine gewisse Nähe zum Staat haben. Diese "Nähe zum Staat" besteht nach der Definition von § 3 Abs 1 Z 6 BVergG 2006 bei kumulativem Vorliegen der folgenden drei Tatbestandsmerkmale: (i) wenn die Gründung erfolgte, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen; (ii) wenn zumindest Teilrechtsfähigkeit gegeben ist; (iii) sowie bei staatlicher Finanzierung, Leitung oder Aufsicht.²⁵⁰ Auch Verbände mehrerer öffentlicher Auftraggeber oder Einrichtungen öffentlichen Rechts sind nach § 3 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 öffentliche Auftraggeber im Sinne des BVergG 2006.

Im Sektorenbereich, der jedoch für diese Arbeit nur von untergeordneter Bedeutung ist, besteht (neben den öffentlichen Sektorenauftraggebern) gemäß § 166 BVergG 2006 ausnahmsweise eine Ausschreibungspflicht für private Unternehmen, die eine Sektorentätigkeit²⁵¹ ausüben, sofern sie diese Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die ihnen von einer zuständigen Behörde gewährt wurden.

Private Auftraggeber können sich zudem freiwillig den vergaberechtlichen Regelungen unterwerfen.²⁵²

²⁵⁰ Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich, 39 f.

²⁵¹ Dabei handelt es sich gemäß den §§ 167 ff BVergG 2006 um in vorgenannten §§ aufgezählte Tätigkeiten in den Bereichen Gas, Wärme und Elektrizität sowie Wasser, Verkehrsleistungen, Postdienste, Aufsuchen und Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen Brennstoffen sowie Häfen und Flughäfen.

²⁵² Siehe Heid/Hauck/K. Preslmayr in Preslmayr und Partner Rechtsanwälte/Heid (Hrsg), Handbuch des Vergaberechts (2002), 19 unter Bezugnahme auf die Entscheidung des OGH vom 12.8.1998, 4 Ob 188/98w.

Neben den öffentlichen Auftraggebern und den Sektorenauftraggebern definiert § 3 Abs 2 bis 5 BVergG 2006 eine dritte Gruppe von Auftraggebern, und zwar sonstige Auftraggeber, sofern sie gewisse Subventionen der öffentlichen Hand für die zu vergebende Leistung erhalten, eine Baukonzession erteilt oder besondere ausschließliche Rechte eingeräumt bekommen.

5.1.2 DER SACHLICHE ANWENDUNGSBEREICH

Dem BVergG 2006 unterliegen Verfahren zur Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Bereich, die in den §§ 4 – 9 näher konkretisiert werden. Im Einzelnen handelt es sich um Bauaufträge, Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge, Baukonzessionsverträge und Dienstleistungskonzessionsverträge.

Für das Thema dieser Arbeit sind die §§ 4 und 7 BVergG 2006 einschlägig, nach denen Bauaufträge und Baukonzessionsverträge dem sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegen.

Unter Bauaufträgen sind nach § 4 BVergG 2006 entgeltliche Verträge zu verstehen, bei deren Vertragsgegenstand es sich um die folgenden handelt:

- Die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I des BVergG 2006 genannten Tätigkeiten oder
- Die Ausführung eines Bauwerkes oder
- Die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt ist.

Nach § 9 BVergG 2006 sind unter Baukonzessionsverträgen solche Verträge zu verstehen, *"deren Vertragsgegenstand von Bauaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises*

besteht". Damit wurde fast wortwörtlich die gemeinschaftsrechtliche Definition eines Baukonzessionsvertrages übernommen.²⁵³

Das "Recht zur Nutzung" ist das wesentlichste Abgrenzungsmerkmal zwischen einem Bauauftrag und einer Baukonzession. Nach Meinung der Kommission liegt ein Bauauftrag dann vor, wenn die Kosten des Bauwerks im Wesentlichen vom Auftraggeber getragen werden. Wenn aber der Auftragnehmer seine Vergütung von bei Dritten eingehobenen "Gebühren" (etwa einer Straßenmaut) erhält, ist von einer Baukonzession auszugehen.²⁵⁴

Das Unterscheidungsmerkmal eines Baukonzessionsvertrags ist somit die Übernahme eines umfassenderen Risikos als bei einem gewöhnlichen Bauauftrag. Dabei handelt es sich insbesondere um ein wirtschaftliches Risiko in Verbindung mit der finanziellen Konstruktion sowie mit der Nutzung eines Bauwerks, wovon auch das Risiko der Amortisation der vom Konzessionär vorgenommenen Investition in ein Bauwerk umfasst ist.²⁵⁵

5.1.3 AUSNAHMEN VOM GELTUNGSBEREICH

Nach § 10 BVergG 2006 sind bestimmte taxativ aufgezählte Vergabeverfahren vom Geltungsbereich des BVergG 2006 ausgenommen. In den Materialien²⁵⁶ ist festgehalten, dass die Ausnahmenvorschriften aufgrund der ständigen Rechtsprechung des EuGH eng auszulegen sind, weswegen im Zweifel von der Anwendbarkeit des BVergG 2006 auszugehen ist. Die Beweislast für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands trifft denjenigen, der sich auf § 10 BVergG

²⁵³ Nach der Baukoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 93/37/EWG) handelt es sich bei öffentlichen Baukonzessionen um Verträge, "die von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Arbeiten ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht".

²⁵⁴ Heid/Hauck/Preslmayr in Preslmayr und Partner Rechtsanwälte/Heid (Hrsg), Handbuch des Vergaberechts (2002), 73.

²⁵⁵ Gölles in Schramm et al, Bundesvergabebezug 2002 Kommentar, § 3, Rz 78.

²⁵⁶ EB zur RV 1171 Blg Nr XXII. GP 59.

2006 berufen will.²⁵⁷ Die Anwendung eines Ausnahmetatbestands muss das zur jeweiligen Zielerreichung gelindeste Mittel sein, um das vom Auftraggeber gewünschte Ziel zu erreichen.²⁵⁸

Vom Anwendungsbereich des BVergG 2006 sind folgende Vergabeverfahren ausgenommen:

- Vergabeverfahren, die aufgrund von bundes- oder landesgesetzlichen Bestimmungen für geheim erklärt wurden, bestimmte Sicherheitsmaßnahmen erfordern oder wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen der Republik Österreich eine Ausnahme gebietet (§ 10 Z 1);
- Lieferungen von Waren für die Erbringung von Dienstleistungen und für die Erbringung von Bauleistungen im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung, auf die Art 296 EGV Anwendung findet (§ 10 Z 2);
- Bestimmte Vergabeverfahren, die anderen Verfahrensregeln unterliegen (§ 10 Z 3 – 5);
- Dienstleistungsaufträge, die von einem öffentlichen Auftraggeber an einen anderen öffentlichen Auftraggeber auf Grund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden, das dieser auf Grund veröffentlichter, mit dem EGV übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat (§ 10 Z 6);
- In-House Vergaben (§ 10 Z 7);
- Verträge über den Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen ungeachtet deren Finanzierungsmodalitäten (§ 10 Z 8);

²⁵⁷ Heid/Hauck/K. Preslmayr in Preslmayr und Partner Rechtsanwälte/Heid, Handbuch des Vergaberechts (2002), 63 oder Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich, 61.

²⁵⁸ Fruhmann in Schramm et al, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar, § 6, Rz 712.

- Bestimmte Aufträge betreffend Programme, die zur Ausstrahlung durch Rundfunk- oder Fernsehanstalten bestimmt sind (§ 10 Z 9);
- Aufträge über Schiedsgerichts- und Schlichtungstätigkeiten (§ 10 Z 10);
- Bestimmte Finanzdienstleistungen (§ 10 Z 11);
- Arbeitsverträge (§ 10 Z 12);
- Bestimmte Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen (§ 10 Z 13);
- Die Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle, sofern diese ihrerseits bei der Auftragsvergabe die Bestimmungen des 2. Teils des BVergG 2006 eingehalten hat (§ 10 Z 14);
- Die Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, sofern die zentrale Beschaffungsstelle ihrerseits das BVergG 2006 einhält (§ 10 Z 15);
- Vergabeverfahren, die hauptsächlich den Zweck haben, dem Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Telekommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen (§ 10 Z 16); und
- Die Vergabe von bestimmten Zusatzaufträgen an einen Baukonzessionär (§ 10 Z 17).

Aber auch wenn ein Ausnahmetatbestand vorliegt kann nicht darauf geschlossen werden, dass eine Vergabe rechtlich vollkommen frei erfolgen kann. Vielmehr greifen bestimmte vergaberechtliche Prinzipien auch in diesen Fällen, insbesondere dann, wenn es sich um vergaberechtliche Konkretisierungen von verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten handelt, wie etwa das durch Art 7 B-VG sowie Art 2 StGG gewährleistete und durch § 19 Abs 1 BVergG 2006

vergaberechtlich konkretisierte Recht auf Gleichbehandlung.²⁵⁹ Ferner finden nach der Rechtsprechung des EuGH auch die Grundsätze des EGV wie neben dem Gleichbehandlungsgebot auch das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot Anwendung.²⁶⁰ In der Rechtssache *Telaustria*²⁶¹ hat der EuGH festgehalten, dass auch wenn Verträge vom Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 ausgenommen sind, die Auftraggeber "*die sie schließen, doch die Grundregeln des Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten*" haben.

5.2 DER VERGABERECHTLICHE BEGRIFF DER BIEGE UND DER ARGE

Wie schon oben unter 2.1 ausgeführt wurde, definiert § 2 Z 14 BVergG 2006 eine BIEGE als einen "*Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann*".

Durch die Bundesvergabegesetznovelle 2007 wurde der Passus "*das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann*" (der § 17 Abs 5 BVergG 2006 entspricht) hinzugefügt. Diese Klarstellung erfolgte unter Umsetzung der Rechtsprechung des VfGH vom 21. Juni 2004.²⁶² Der VfGH hat in der genannten Entscheidung klargestellt, dass im Falle der Angebotslegung durch eine ARGE oder BIEGE jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen hat. Den Materialien²⁶³ ist in diesem Zusammenhang zu entnehmen, dass auf diese Weise Unklarheiten, die sich aus der Frage ergeben können, wann von unterschiedlichen Befugnissen in verschiedenen Fachrichtungen auszugehen ist, vermieden werden sollen. Bei homogenen Leistungen, also Leistungen auf dem Gebiet gleicher Fachrichtungen,

²⁵⁹ OGH 20.8.1998, 10 Ob 212/98v.

²⁶⁰ Katary in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², 177, unter Verweis auf die Entscheidung des EuGH 7.12.2000, *Teleaustria*, RS C-324-98, Slg 2000 I-10745.

²⁶¹ EuGH 7.12.2000, *Telaustria*, RS C-324/98, Slg 2000 I-10745, Rn 60 f.

²⁶² VfGH 21.6.2004, B 531/02.

²⁶³ EB zur RV 1171 Blg Nr XXII. GP 59, 63.

müssen jedoch alle Mitglieder über die entsprechende Befugnis verfügen. Nur bei Leistungen verschiedener Fachrichtungen (heterogenen Leistungen) ist die Befugnis für den konkret zufallenden Leistungsteil ausreichend. Für sich genommen ist der Gesetzeswortlaut daher eher ungeeignet, die eigentliche Rechtslage widerzuspiegeln.

Unter einer ARGE ist nach § 2 Z 7 BVergG 2006 *"ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer [zu verstehen], 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"*.

Sofern die BIEGE den Zuschlag nicht erhält, löst sie sich *eo ipso* auf.²⁶⁴ § 20 Abs 2 BVergG 2006 sieht ein automatisches Übergleiten von einer BIEGE in eine ARGE im Auftragsfall vor, eine weitere Erklärung der Mitglieder der BIEGE ist nicht erforderlich. Erst mit Auftragserteilung entsteht die solidarische Haftung der Mitglieder der ARGE, vor diesem Zeitpunkt besteht keine Solidarhaftung.²⁶⁵

Mit der Gründung einer BIEGE oder ARGE kann – wie oben erläutert wurde – eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung verbunden sein. Dies wirkt sich auch auf Vergabeverfahren aus, da die Gründung einer wettbewerbsbeschränkenden BIEGE oder ARGE das vergaberechtliche Prinzip des freien und lauten Wettbewerbs nach § 19 Abs 1 BVergG 2006 und die dieses Prinzip konkretisierenden Bestimmungen des BVergG 2006 verletzen kann.

Die folgende vergaberechtliche Darstellung beschränkt sich auf jene Bereiche, in denen sich die Gründung einer kartellrechtswidrigen BIEGE oder einer ARGE auf ein Vergabeverfahren nach dem BVergG 2006 auswirken kann. Auf eine

²⁶⁴ Suttner in Schramm et al, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar, § 20 Z 12, Rz 9.

²⁶⁵ Ibid, Rz 7.

Darstellung der weiteren vergaberechtlichen Sonderbestimmungen betreffend BIEGE und ARGE (etwa die Parteifähigkeit oder die Leistungsfähigkeit) wird für die Zwecke der zugrunde liegenden Arbeit verzichtet.

5.3 DER VERGABERECHTLICHE GRUNDSATZ DES FREIEN UND LAUTEREN WETTBEWERBS

Nach § 19 Abs 1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach dem Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs zu führen.

Geschützt wird der freie Wettbewerb – Vergabevorgänge sollen keinen ungerechtfertigten Beschränkungen unterliegen – der faire Wettbewerb, der das Verhältnis zwischen Auftraggebern und Bewerbern bzw Bieter betrifft sowie der zwischen den Bewerbern bzw Bieter bestehende Wettbewerb, der nach den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs stattfinden soll.²⁶⁶

Der Schutzzweck von § 19 Abs 1 BVergG 2006 und der allgemeine Schutzzweck des Kartellrechts weisen zentrale Schnittmengen aus. In beiden Fällen wird der funktionsfähige (Vergabe-)Wettbewerb geschützt. Im Unterschied zum Vergaberecht ist der Schutzzweck des Kartellrechts hingegen weiter; neben dem funktionsfähigen Wettbewerb ist auch die Leistungsfähigkeit des Marktes und die Funktionsfähigkeit des Marktwettbewerbs im Allgemeinen vom kartellrechtlichen Schutzzweck umfasst. Die grundsätzliche Zielsetzung beider Rechtsregime ist hingegen die gleiche: die Verhinderung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen.²⁶⁷

Der Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs verpflichtet Bieter und Auftraggeber gleichermaßen. Das BVergG 2006 enthält mehrere Bestimmungen, die das Wettbewerbsprinzip konkretisieren. So sind etwa Auftraggeber verpflichtet, eine neutrale Leistungsbeschreibung zu gestalten, die keinem Bieter

²⁶⁶ Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich, 81 f.

²⁶⁷ Eilmansberger/Holoubek, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde?, ÖZW 2008, 2.

Wettbewerbsvorteile bringt.²⁶⁸ Ferner wird wettbewerbswidriges Verhalten von Bieter in der Form sanktioniert, dass involvierte Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen (§ 68 BVergG 2006) bzw Angebote (§ 129 BVergG 2006) auszuschneiden sind.²⁶⁹ Zudem verweisen mehrere Bestimmungen des BVergG 2006 auf das Wettbewerbsprinzip nach § 19 Abs 1 BVergG 2006.²⁷⁰

Allerdings sind diese den Wettbewerbsgrundsatz konkretisierende Vergaberechtsnormen im Ergebnis nicht notwendig, um Maßnahmen, Entscheidungen und Unterlassungen der Auftraggeber auf ihre Vergaberechtsrelevanz zu prüfen. Schon der bloße Verstoß gegen § 19 Abs 1 BVergG 2006 kann Schadenersatzansprüche zur Folge haben.²⁷¹

Der vergaberechtliche Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs muss im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot gesehen werden, denn durch den freien Wettbewerb kann dem verfassungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot am ehesten entsprochen werden. Daraus leitet sich im Ergebnis die Pflicht des Auftraggebers ab, für einen von Wettbewerbsverzerrungen möglichst freien und organisierten Parallelwettbewerb der Bieter zu sorgen.²⁷² Daraus lässt sich aber auch die Pflicht des Auftraggebers ableiten, im Sinne der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs für eine ausreichende Anzahl an Bietern zu sorgen.²⁷³

Diese Pflicht des Auftraggebers, für eine ausreichende Anzahl an Bietern zu sorgen, betrifft insbesondere auch BIEGE und ARGE, da ein solcher Bieterzusammenschluss zu einer Reduzierung der Anzahl von Angeboten in Vergabeverfahren führen kann und unter bestimmten oben in Kapitel 5

²⁶⁸ § 96 Abs 1 BVergG 2006.

²⁶⁹ Siehe dazu unten unter 5.6.

²⁷⁰ Etwa § 123 BVergG 2006 (das Vorgehen bei Prüfungen), § 126 BVergG 2006 (das Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote) und § 127 BVergG 2006 (Aufklärungsgespräche und Erörterungsgespräche).

²⁷¹ *Casati*, Grundsätze im Vergabeverfahren, ZVB 2002, 297.

²⁷² *Gölles in Schramm et al*, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar, § 21, Rz 43 unter Verweis auf *Aicher*, Schlussbericht, 8.

²⁷³ *Öhler/Schramm in Schramm et al*, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar, § 30, Rz 13.

dargestellten Voraussetzungen wettbewerbswidrig sein kann. Aus diesem Grund wurde dem Auftraggeber mit Einführung des BVergG 2006 (neben anderen bereits vorhanden Mitteln der Sicherung des Vergabewettbewerbs) ein präventives Instrument in die Hand gegeben, nach dem er – sofern sachliche Gründe vorliegen – BIEGE bzw ARGE in einem konkreten Vergabeverfahren für unzulässig erklären kann.

5.4 BESCHRÄNKUNGSMÖGLICHKEITEN VON BIEGE ODER ARGE

Die grundsätzliche Zulässigkeit zur Bildung von BIEGE und ARGE lässt sich § 20 Abs 2 BVergG 2006 entnehmen. Folglich können ARGE und BIEGE in Vergabeverfahren Angebote und Teilnahmeanträge einreichen.

Mit dem Inkrafttreten des BVergG 2006 wurde dem Auftraggeber ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, die Bildung von BIEGE und ARGE aus sachlichen Gründen für unzulässig zu erklären. Um einen sachlichen Grund handelt es sich nach den Materialien etwa, wenn in einem Marktsegment nur wenige Bieter existieren, sodass bei einem Zusammenschluss der wenigen in Betracht kommenden Bieter in eine BIEGE oder ARGE der Wettbewerb auf ein Minimum reduziert oder sogar ganz ausgeschalten werden könnte. Damit wird der Rechtsprechung des BVA recht getragen. Das BVA hat in diesem Zusammenhang etwa in seiner Entscheidung von 29.03.2003²⁷⁴ judiziert, dass eine Beschränkung der Mitgliederzahl einer BIEGE nur dann zulässig sei, wenn ein sehr enger Anbietermarkt vorläge. Daher wäre es etwa unzulässig, wenn ein Auftraggeber generell ein Verbot der Teilnahme von BIEGE bzw ARGE in den Ausschreibungsunterlagen vorsehen würde. Vielmehr muss vor jeder Ausschreibung der Markt und die Marktstruktur untersucht werden und kann erst im Anschluss an diese Prüfung – sofern sie ergibt, dass auf dem relevanten Markt bzw Marktsegment sehr wenige Wettbewerber und somit potentielle Bieter existieren – die Bildung von BIEGE oder ARGE für unzulässig erklärt werden.

²⁷⁴ BVA 29.03.2004, 15N-06/04-29.

Durch die Erklärung der Unzulässigkeit von BIEGE soll der Vergabewettbewerb gesichert werden, da die Untersagung von BIEGE jedenfalls in der Theorie dazu führen soll, dass mehr einzelne Bieter Angebote legen und als Folge einer größeren Anzahl von Angeboten der vergaberechtliche Parallelwettbewerb stimuliert wird.²⁷⁵ Unzulässig ist jedoch eine Behinderung der Teilnahme von KMU's an Vergabeverfahren.²⁷⁶ Dies lässt sich aufgrund der von KMU in Vergabeverfahren grundsätzlich ausgehenden wettbewerbsstimulierenden Effekte erklären.

Die Möglichkeit eines solchen präventiven "Vorab-Ausschlusses" wurde durch das BVergG 2006 erstmals ausdrücklich gesetzlich verankert, auch wenn die diesbezüglichen Stellungnahmen in der Literatur teilweise kritisch waren.²⁷⁷ In der Praxis wird wohl ein ausdrücklicher Vorab-Ausschluss von BIEGE und ARGE eher eine untergeordnete Rolle spielen, da die jeweiligen Auftraggeber in der Lage sein müssen, einen solchen präventiven Ausschluss überzeugend sachlich zu rechtfertigen. Um aber in der Lage zu sein, die präventive Unzulässigkeitserklärung von BIEGE oder ARGE überzeugend zu rechtfertigen, ist im Vorfeld eine Untersuchung des Marktes und der Marktgegebenheiten notwendig, was für den Auftraggeber in der Regel mit einem gewissen Aufwand verbunden sein dürfte, den der Auftraggeber wohl in den meisten Fällen nicht zu tätigen bereit sein wird.

Neben der Untersagung von BIEGE oder ARGE in konkreten Vergabeverfahren kann der Auftraggeber in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von ARGE oder BIEGE vorsehen. Diese Bestimmung steht im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen, da seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Makedoniko* klargestellt ist, dass die Regelung der

²⁷⁵ EB zur RV 1171 Blg Nr XXII. GP 59, 63.

²⁷⁶ EB zur RV 1171 Blg Nr XXII. GP 59, 63.

²⁷⁷ *Öhler/Schramm* in *Schramm et al*, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar, § 30, Rz 13.

Zusammensetzung von BIEGE oder ARGE in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten fällt.²⁷⁸

Daher ist der Auftraggeber berechtigt, eine Mehrfachbeteiligung (etwa die gleichzeitige Teilnahme im Rahmen einer BIEGE oder ARGE oder als Einzelbieter) zu untersagen, die auch bislang in der Judikatur in bestimmten Konstellationen eher kritisch bewertet wurde.²⁷⁹

Eine wettbewerbswidrige Mehrfachbeteiligung hätte auch bislang zum Ausscheiden des Angebots gemäß § 98 Z 9 BVergG 2002 (entspricht § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006) führen können, sofern mit der Mehrfachbeteiligung ein Verstoß gegen den Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes verbunden gewesen wäre. Die Möglichkeit des Auftraggebers, eine solche Mehrfachbeteiligung präventiv auszuschließen, ist – zumindest als ausdrücklich normierte Bestimmung – neu.

5.4.1 VERBOT DER MEHRFACHBETEILIGUNG

Eine Mehrfachbeteiligung liegt dann vor, wenn ein Unternehmen direkt oder indirekt an mehreren Angeboten als Bieter oder Subunternehmer teilnimmt oder wenn ein Konzern mit mehreren verbundenen Unternehmen bei einer Angebotslegung beteiligt ist.²⁸⁰ Das BVA ist traditionell Mehrfachbeteiligungen gegenüber kritisch eingestellt, da es eine wesentliche Voraussetzung des Bieterwettbewerbs ist, dass insbesondere die Inhalte der eingereichten Angebote bei Ausschreibungen gegenüber anderen Bietern geheim zu halten sind.²⁸¹ Aufgrund einer Mehrfachbeteiligung besteht aber ganz konkret die Gefahr, dass ein Bieter nicht nur Kenntnis von zueinander in Wettbewerb stehenden eingereichten Angeboten erhält, sondern die Kenntnis der den Angeboten

²⁷⁸ EuGH 23.1.2003, *Makedoniko*, RS C-57/1, Slg 2003 S I-01091.

²⁷⁹ *Gruber/Keznickl*, Auswirkungen des KartG 2005 und des BVergG 2006 auf Arbeits- und Bietergemeinschaften, ZVB 2006/21.

²⁸⁰ *Gölles*, Mehrfachbeteiligung eines Bieters – Ausschluss oder nicht?, ZVB 2005/77.

²⁸¹ BVA 19.03.2001, N-21/01-32, N-16/01-23, N-17/01-21.

zugrunde liegenden Preisgestaltung seine eigene Preisgestaltung beeinflusst.²⁸² Ein solche Wettbewerbsvorteile einräumender Informationsvorsprung muss aber im Sinne des Vergabewettbewerbs verhindert werden. Ansonsten würde das primäre Ziel des freien und lauterer Parallelwettbewerbs, dass sich die Bieterkonkurrenz durch das Erarbeiten unterschiedlicher Angebote entwickeln soll, wobei das vom einzelnen Bieter erstellte Angebot das aus seiner Sicht optimale Angebot für den Auftraggeber darstellen und der Wettbewerb unter für alle Bieter gleichen Bedingungen stattfinden soll, unterminiert werden.²⁸³

Die Mehrfachbeteiligung im Zusammenhang mit BIEGE kann in verschiedenen Konstellationen geschehen, die jeweils in sich eine unterschiedlich hohe Gefahr einer Wettbewerbsbeschränkung bergen, was eine Untersuchung der in Frage kommenden Konstellationen erforderlich macht.

Konkret kann es sich bei der Mehrfachbeteiligung im Zusammenhang mit BIEGE für den einzelnen Bieter um folgende Konstellationen handeln:

- Als Partner einer BIEGE und als (Einzel-)Bieter;
- In mehreren BIEGE gleichzeitig;
- Durch verbundene Unternehmen mit konkurrierenden Angeboten; und
- Als Partner einer BIEGE und als Subunternehmer.

Gerade die Mehrfachbeteiligung in verschiedenen BIEGE oder ARGE kann durchaus wettbewerbswidrige Konsequenzen nach sich ziehen, zumal so die Möglichkeit besteht, dass die mehrfach beteiligten Bieter insbesondere die Preiskalkulationen, die dem oder den anderen Angeboten von BIEGE oder ARGE zu Grunde liegen, einsehen können.²⁸⁴

²⁸² Siehe *Schramm/Öhler*, Mehrfachbeteiligungen in Bietergemeinschaften, RdW 2001, 218.

²⁸³ Vgl *Latzenhofer*, Von Subunternehmern an einem Vergabeverfahren, ZVB 2001/44.

²⁸⁴ Vgl etwa BVA 2. 10. 2001, N-80/01-19.

Verfahrensrechtlich ist anzumerken, dass neben dem Vorab-Ausschluss von bestimmten Konstellationen von Mehrfachbeteiligungen auch eine nach den Ausschreibungsvorgaben grundsätzlich zulässige Mehrfachbeteiligung einen Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs Z 8 BVergG 2006 darstellen kann.²⁸⁵

5.4.1.1 GLEICHZEITIGE TEILNAHME ALS PARTNER IN EINER BIEGE UND ALS EINZELBIETER

Die gleichzeitige Teilnahme an einem Vergabeverfahren als Einzelbieter und Partner einer BIEGE birgt ein sehr hohes Risiko in sich, dass es sich um eine wettbewerbswidrige Mehrfachbeteiligung handelt, die der Auftraggeber vorab untersagen kann oder ggf die entsprechenden Angebote vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 auszuschneiden hat. Durch diese Konstellation der Mehrfachbeteiligung kann der Bieter einen unzulässigen Einblick in die Angebotsgrundlagen des jeweils anderen Angebots erhalten und so als Einzelbieter die eigene Preisgestaltung unter Berücksichtigung der durch die Mehrfachbeteiligung gewonnenen Kenntnisse entsprechend anpassen. Das BVA hat aus diesem Grund eine vergleichbare Konstellation für unzulässig erklärt.²⁸⁶ Ebenso hat der deutsche VK Nordbayern²⁸⁷ eine Mehrfachbeteiligung in dieser Konstellation als Wettbewerbsverstoß gewertet, da die parallele Beteiligung eines Bieters am Wettbewerb als Einzelbieter und als Mitglied einer BIEGE eine vergaberechtlich unzulässige, mit dem Wettbewerbsprinzip nicht im Einklang stehende Verhaltensweise darstelle.²⁸⁸

Der UVS NÖ hat diese Konstellation der Mehrfachbeteiligung differenzierter betrachtet und in seiner Entscheidung herausgearbeitet, dass es darauf ankomme müsse, ob es tatsächlich aufgrund der Mehrfachbeteiligung zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen sei. Die bloße Möglichkeit eines

²⁸⁵ Zu den Ausscheidungsgründen siehe unten unter 5.6, zu den Ausschlussgründen unten unter 5.5.

²⁸⁶ BVA 6.07.2001, N-17/00.

²⁸⁷ VK Nordbayern, 5.06.2003, 320. VK-3194 – 16/03.

²⁸⁸ Siehe *Gölles*, Mehrfachbeteiligung eines Bieters – Ausschluss oder nicht?, ZVB 2005/77.

Wettbewerbsverstoßes sei hingegen nicht ausreichend. Nur wenn tatsächlich ein Wettbewerbsverstoß nachgewiesen werden könne, sei das betreffende Angebot auszuschneiden.²⁸⁹

Als entscheidungsrelevant sah der UVS NÖ folgende Kriterien an, anhand derer zu überprüfen ist, ob es tatsächlich zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen ist.

- Konnte der mehrfachbeteiligte Unternehmer tatsächlich Kenntnis über den Inhalt der jeweils eingereichten Angebote erlangen?
- Konnte der mehrfachbeteiligte Unternehmer die Preisgestaltung des Angebots tatsächlich beeinflussen, oder hat er der BIEGE bloß seine Leistung zu "seinem" Preis zur Verfügung gestellt?
- Hat der mehrfachbeteiligte Unternehmer mit den jeweiligen Mitgliedern Verhandlungen über den Inhalt des Angebots geführt?²⁹⁰

Wenn eines dieser Kriterien erfüllt sei, so könne nach Ansicht des UVS NÖ von einem unzulässigen Wettbewerbsverstoß ausgegangen werden.

Der Ansicht des UVS NÖ ist meines Erachtens zu folgen. Wenn der betroffene Bieter nachweisen kann, dass er – ähnlich der Stellung eines Subunternehmers – keinen Einblick in die Angebotsgrundlagen der BIEGE nehmen konnte, weswegen er sein Angebot als Einzelbieter vollkommen unabhängig gestaltet hat, kann wohl kaum von einer Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen werden.

Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf²⁹¹ ist die gleichzeitige Teilnahme als Partner in einer BIEGE und als Einzelbieter in der Regel dann unproblematisch, wenn ein Einzelunternehmen nur zu denjenigen Leistungsteilen ein separates Angebot abgibt, die ihm auch im Rahmen der ebenfalls mitbietenden

²⁸⁹ UVS NÖ 7.03.2002, Senat AB-02 – 1003, 1004.

²⁹⁰ Siehe auch *Kerschmann*, UVS NÖ 7.3.2002, Senat-AB-02-1003, 1004, RPA 2002, 220.

²⁹¹ OLG Düsseldorf 28.5.2003, Verg 8/03, Monatsinfo 6/2003 forum vergabe e.v., Anlage 4.

BIEGE zufallen. Dieser Fall begründe nicht die Gefahr, dass mehrere Bieter ihre Angebotspreise untereinander absprechen oder aufeinander abstimmen.

Abstrakt gesprochen liefert die Wertung des OLG Düsseldorf durchaus hilfreiche Anhaltspunkte, allerdings ist zu beachten, dass bei der Überprüfung der Zulässigkeit der gleichzeitigen Teilnahme als Partner in einer BIEGE und als Einzelbieter immer die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Generell handelt es sich jedoch um eine wegen der Gefahr der Reduzierung des vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs problematische Form der Mehrfachbeteiligung, die möglichst vermieden werden sollte.

5.4.1.2 GLEICHZEITIGE TEILNAHME ALS PARTNER IN MEHREREN BIEGE

Das Recht des Auftraggebers, eine Mehrfachbeteiligung im Sinne der gleichzeitigen Teilnahme am Vergabeverfahren als Partner in mehreren BIEGE vorab für unzulässig zu erklären, deckt sich mit der bisherigen kritischen Sicht der Rechtsprechung solcher Mehrfachbeteiligungen.²⁹² Das BVA²⁹³ etwa hat entschieden, *"dass die Einschränkung, dass ein Unternehmer nur an einer Bietergemeinschaft teilnehmen darf, für einen freien Wettbewerb nicht nur nicht hinderlich, sondern geradezu eine Voraussetzung ist"*.

In einer vergleichbar strengen Entscheidung vom 19. 3. 2001 hat das BVA judiziert, dass die Beteiligung eines Bieters an in diesem Fall drei BIEGE bereits wegen des damit verbundenen "bösen Anscheins" zwingend zum Ausscheiden der Angebote aller Bietergemeinschaften, an denen der Bieter beteiligt war, führen müsse.²⁹⁴ Der Hintergrund dieser Entscheidung war, dass das betreffende Unternehmen an der Erstellung sämtlicher Angebote aktiv mitgewirkt hat und sich dabei – auch für Verhandlungen mit dem Auftraggeber – eines einzigen Mitarbeiters bedient hat. Dadurch konnten alle BIEGE durch eines ihrer

²⁹² Vgl. Gruber/Keznickl, Auswirkungen des KartG 2005 und des BVergG 2006 auf Arbeits- und Bietergemeinschaften, ZVB 2006/21.

²⁹³ BVA 6.7.2001, N-17/00-40.

²⁹⁴ BVA 19. 3. 2001, N-12/01-32, N-16/01-23, N-17/01-21, *Chipcard*.

Mitglieder zumindest Kenntnis vom Angebotspreis der jeweils anderen BIEGE erlangen. Darüber hinaus hatte das mehrfach beteiligte Unternehmen durch seine Verhandlungsgespräche für die drei BIEGE Einfluss auf die (preislichen) Angebotskonditionen, ohne dass jedoch eine konkrete (Preis-)Absprache zwischen den einzelnen Bietergemeinschaften festgestellt werden konnte. Für das BVA war hingegen die bloße Möglichkeit von wettbewerbswidrigen Absprachen ("böser Anschein") ausreichend um ein Ausscheiden sämtlicher Angebote der betroffenen BIEGE vom Auftraggeber zu fordern.²⁹⁵

Auch der VfGH hat die kritische Sicht des BVA in seiner Entscheidung vom 22.09.2003 im konkreten Fall bestätigt. *"Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist auch die Entscheidung des BVA nicht zu beanstanden, jene Ausschreibungsbestimmung als gesetzmäßig anzusehen, derzufolge sich ein Bewerber jeweils nur als Mitglied einer Bewerbergemeinschaft um den Auftrag bemühen darf. Die Begründung, dass die Mehrfachbeteiligung von Bewerbern in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz des Wettbewerbs von Bietern steht, erscheint im konkreten Fall nachvollziehbar. Von den beschwerdeführenden Gesellschaften wurde nichts vorgebracht, was ihr Zutreffen in Zweifel ziehen könnte."*²⁹⁶

Etwas anderes kann gelten, wenn das betreffende Mitglied über seinen Leistungsteil hinaus keinen Einfluss auf die Angebotsgestaltung hat. In einer solchen Konstellation hat etwa der UVS NÖ trotz Mehrfachbeteiligung desselben Unternehmers das Vorliegen eines Ausschlussgrundes verneint.²⁹⁷

5.4.1.3 MEHRFACHBETEILIGUNG VON VERBUNDENEN UNTERNEHMEN

Zu der Frage, wie eine Mehrfachbeteiligung zu beurteilen ist, wenn sich zwei (oder mehrere) miteinander verbundene Unternehmen jeweils mit einem eigenen Angebot an einer Ausschreibung beteiligen, gibt es bislang in Österreich keine

²⁹⁵ Heid/Schiefer, Rechtsprechungsübersicht Bundesvergabeamt, ecolex 2002, 70.

²⁹⁶ VfGH 22.09.2003, B1725/01 ua.

²⁹⁷ UVS NÖ 7.3.2002, Senat-AB-02-1003 und 1004.

Rechtsprechung. Allerdings hat das deutsche VK Nordrhein-Westfalen²⁹⁸ diesbezüglich festgehalten, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung erst dann in Betracht kommen könne, wenn tatsächlich bei zwei oder mehreren Wettbewerbsteilnehmern Kenntnis von der jeweiligen Wettbewerbsteilnahme, den Angebotsgrundlagen und den Angebotskalkulationen bestünde. Bei verbundenen Unternehmen könne dies aber nicht ohne weiteres angenommen werden, da es gerade in der Bauwirtschaft konzerninternen Wettbewerb gäbe.²⁹⁹ Im Übrigen ist auch von einer zu kritischen Sicht abzuraten, da eine (möglicherweise ungerechtfertigte) Nichtberücksichtigung von im Rahmen einer Mehrfachbeteiligung abgegebenen Angeboten von verbundenen Unternehmen den Parallelwettbewerb aufgrund einer in der Folge reduzierten Anzahl von Angeboten selbst negativ beeinflussen würde. Von einer Wettbewerbsbeschränkung ist jedoch in der Regel dann auszugehen, wenn ein und dieselbe juristische oder natürliche Person in verschiedenen Rollen mehrfach am Wettbewerb teilnimmt.³⁰⁰

5.4.1.4 GLEICHZEITIGE TEILNAHME ALS PARTNER IN EINER BIEGE UND ALS SUBUNTERNEHMER

Das Problem der Mehrfachbeteiligung stellt sich – jedenfalls in diesem Ausmaß – nicht bei der mehrfachen Beteiligung als Subunternehmer, da das Wesen einer Subunternehmerleistung darin liegt, dass ein Subunternehmer im Rahmen eines selbständigen Vertrags Leistungen ausführt und daher in der Regel keinen Einblick in die Angebotsgrundlagen des ihn beauftragenden Generalunternehmers erhält.³⁰¹ Auch die Rechtsprechung des BVA ist diesbezüglich weniger streng. Nach der Ansicht des BVA ist die bloße Mehrfachbeteiligung eines Subunternehmers an mehreren Angeboten bloß eine "sanktionslose Vorfeldsituation" für wettbewerbswidrige Abreden und daher nicht *per se* unzulässig. Viel eher muss der Auftraggeber für ein berechtigtes Ausscheiden der

²⁹⁸ VK Nordrhein-Westfalen (BR Düsseldorf) 21. 11. 2003, VK-33/2003-L.

²⁹⁹ Gölles, Mehrfachbeteiligung eines Bieters - Ausschluss oder nicht?, ZVB 2005/77.

³⁰⁰ Gölles, Mehrfachbeteiligung eines Bieters - Ausschluss oder nicht?, ZVB 2005/77.

³⁰¹ Kropik, Der Subunternehmer im Vergabeverfahren, ZVB 2005, 38.

Angebote nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 nachweisen, dass es zu einem wettbewerbswidrigen verpönten Informationsaustausch gekommen sei. Bloße Vermutungen kommen dafür jedoch nicht in Betracht.³⁰²

Zusammenfassend ist eine Mehrfachbeteiligung als Partner einer BIEGE und Subunternehmer nur dann problematisch, wenn es zur Einflussnahme auf den Angebotsinhalt eines Bieters oder zur Kenntnis von im Rahmen der Angebotsbewertung wesentlichen Inhalten anderer Angebote gekommen ist und auch ohne die Teilnahme des in Mehrfachfunktionen auftretenden Bieters eine ausreichende Anzahl an Angeboten zu erwarten ist.³⁰³

5.4.1.5 WERTUNG VON MÖGLICHEN MEHRFACHBETEILIGUNGEN IM ZUSAMMENHANG MIT BIEGE UND ARGE

Im Hinblick auf die oben genannten Konstellationen kann festgehalten werden, dass insbesondere bei einer gleichzeitigen Beteiligung als Partner in mehreren BIEGE sowie bei einer Beteiligung als Partner in einer BIEGE und als Einzelbieter die Gefahr einer Wettbewerbsbeschränkung gegeben ist, da in diesen Fällen ganz konkret für die mehrfach beteiligten Bieter die Möglichkeit besteht, in wesentliche Faktoren der Angebotserstellung wie in die Preiskalkulation(en) Einsicht zu nehmen und aufgrund dieses Wissensvorsprungs die jeweils anderen Angebote entsprechend anzupassen, wodurch der Geheimwettbewerb unterminiert werden würde.

Kartellrechtlich ist die letzte Konstellation schon deswegen problematisch, da so keinesfalls schlüssig argumentiert werden kann, dass der Zusammenschluss in eine BIEGE deswegen kartellrechtlich unbedenklich ist, weil die Unternehmen einzeln entweder nicht in der Lage wären, ein entsprechendes Angebot anzugeben, oder alleine kein Erfolg versprechendes Angebot einreichen können.

³⁰² BVA 2.10.2001, N-80/01-19.

³⁰³ Latzenhofer, Von Subunternehmer an einem Vergabeverfahren, ZVB 2001/44.

Unproblematischer erscheint dagegen die Teilnahme als Partner einer BIEGE und als Subunternehmer sowie die gleichzeitige Teilnahme von verbundenen Unternehmen.

Anhand der erläuterten Rechtsprechung lässt sich zusammenfassen, dass zwar bestimmte Konstellationen der Mehrfachbeteiligung im Hinblick auf eine Wettbewerbsbeeinträchtigung von vornherein problematischer erscheinen, aber eine Bewertung im Einzelfall dahingehend, ob tatsächlich eine Wettbewerbsbeeinträchtigung stattgefunden hat, jedenfalls notwendig ist. Weil aber die Bewertung, ob in einem konkreten Fall eine Mehrfachbeteiligung tatsächlich gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs verstößt, von den jeweiligen konkreten Umständen abhängt, ist ein präventiver Ausschluss wohl nur in begründeten Einzelfällen ratsam.

5.5 DER AUSSCHLUSS EINER BIEGE ODER ARGE MANGELS BERUFLICHER ZUVERLÄSSIGKEIT

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006 stellt es einen Grundsatz des Vergabeverfahrens dar, dass die Vergabe eines Auftrages nur an einen geeigneten Bieter erfolgen darf. Bei den Eignungskriterien handelt es sich um die berufliche Befugnis, die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit. Die berufliche Zuverlässigkeit kann jedoch bei einer rechtskräftigen Verurteilung aufgrund von kartellrechtswidrigem Verhalten fraglich sein.

Die Zuverlässigkeitsprüfung erfolgt nach Maßgabe von § 68 BVergG 2006. Sofern die Eignungskriterien nicht vorliegen, hat der Auftraggeber den betreffenden Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen.³⁰⁴ Anders als im deutschen Vergaberecht kennt das

³⁰⁴ Abgesehen von "selbstreinigenden Maßnahmen" (siehe dazu unten unter 5.5.3) kann – sofern die berufliche Zuverlässigkeit in Frage steht – gemäß § 68 Abs 3 BVergG 2006 auch von einem Ausschluss des Unternehmens vom Vergabeverfahren Abstand genommen werden, wenn auf die Beteiligung des betroffenen Bieters in begründeten Ausnahmefällen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nicht verzichtet werden kann.

österreichische Vergaberecht keine Unterscheidung zwischen fakultativen und obligatorischen Ausschlussgründen, vielmehr ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes verpflichtet, den betreffenden Bieter auszuschließen.³⁰⁵

Im Hinblick auf BIEGE und ARGE hat der Auftraggeber nach Ansicht von *Schramm/Öhler* die BIEGE oder ARGE dann auszuschließen, wenn auch nur eines der darin vertreten Unternehmen von einem strafrechtlichen Ausschlussgrund betroffen ist.³⁰⁶ Eine andere Ansicht wird hingegen von *Pospisil*³⁰⁷ vertreten, nach dessen Darstellung die Eignung der BIEGE oder ARGE insgesamt dann nicht mehr fraglich sein sollte, wenn der jeweils betroffene Gesellschafter ausgeschlossen wird, zumal § 69 BVergG 2006 beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren bezüglich des Vorliegens der Eignung auf den Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe abstelle. Daraus ergibt sich, dass ein Ausschluss des betroffenen Gesellschafters der BIEGE oder ARGE vor Aufforderung zur Angebotsabgabe möglich sein muss, um die Zuverlässigkeit wieder herzustellen.³⁰⁸

Bei den Zuverlässigkeitskriterien handelt es sich insbesondere um das Vorliegen einer einschlägigen rechtskräftigen Verurteilung sowie eine vom Auftraggeber nachweislich³⁰⁹ festgestellte berufliche Verfehlung.³¹⁰

³⁰⁵ Siehe etwa *Killmann*, Bemerkungen zum verpflichtenden Ausschluss aufgrund strafrechtlicher Verurteilungen – die österreichische Umsetzung, ZVB 2006/50.

³⁰⁶ Vgl *Öhler/Schramm* in *Schramm et al*, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar, § 30, Rz 37.

³⁰⁷ Vgl *Pospisil*, Zuverlässigkeitsprüfung, ZVB 2008/5.

³⁰⁸ Siehe dazu unten unter Abschnitt 5.6.1.

³⁰⁹ Zum Kriterium der Nachweislichkeit siehe unten unter 5.5.1.

³¹⁰ Ferner statuiert § 68 Abs 1 BVergG 2006 weitere Kriterien der beruflichen Zuverlässigkeit. So sind auch Unternehmer auszuscheiden, gegen die ein Konkurs- bzw Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, ferner solche Unternehmer, die sich in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen oder eingestellt haben, die ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, nicht erfüllt haben oder die sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

5.5.1 RECHTSKRÄFTIGE VERURTEILUNG

Zu einem Ausschluss können nach § 68 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 bestimmte rechtskräftige in- oder ausländische Verurteilungen³¹¹ führen.³¹² Nach § 68 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 können auch von § 68 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 nicht umfasste sonstige strafgerichtliche rechtskräftige Verurteilungen gegen Unternehmer bzw in deren Geschäftsführung tätige Personen einen Ausschlussgrund darstellen, sofern diese wegen eines Delikts ergangen sind, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt. § 68 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 ist als Auffangtatbestand zu verstehen. Den Materialien ist zu entnehmen, dass in diesem Zusammenhang insbesondere eine Verurteilung wegen § 168b StGB³¹³ (Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren) die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt.

Für BIEGE und ARGE ist dies eine zentrale Bestimmung. Denn es ist – wie unten in Kapitel 7 erläutert wird – durchaus möglich, aufgrund einer kartellrechtswidrigen Zusammenarbeit im Rahmen einer BIEGE oder einer ARGE den Straftatbestand des Submissionsbetrugs nach § 168b StGB zu erfüllen. Würden die Mitglieder einer BIEGE bzw ARGE strafrechtlich verurteilt werden, könnte eine solche Verurteilung für folgende Vergabeverfahren – mangels Vorliegen selbstreinigender Maßnahmen³¹⁴ – den Ausschluss in späteren Vergabeverfahren bedeuten.

³¹¹ Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation (§ 278a StGB), Bestechung (§§ 302, 307, 308 und 310 StGB; § 10 UWG), Betrug (§§ 146 ff StGB), Untreue (§ 153 StGB), Geschenkkannahme (§ 153a StGB), Förderungsmisbrauch (§ 153b StGB) oder Geldwäscherei (§ 165 StGB).

³¹² Gemäß § 68 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 sind solche Bieter auszuschließen, hinsichtlich derer der Auftraggeber Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung gegen die Unternehmen, oder – wenn es sich um juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt – gegen in deren Geschäftsführung tätige Personen hat, die einen der in § 68 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 aufgelisteten Straftatbestände oder einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes, in dem der Unternehmer seinen Sitz hat, betreffen.

³¹³ Zur strafrechtlichen Betrachtung siehe unten unter Kapitel 6.

³¹⁴ Zu selbstreinigenden Maßnahmen siehe unten unter 5.5.3.

Insbesondere ist zu beachten, dass nicht nur natürliche Personen nach § 168b StGB verurteilt werden können, sondern seit Inkrafttreten des VbVG am 1.1.2006 überdies auch juristische Personen sowie Personengesellschaften. Folglich können die Gesellschafter einer BIEGE oder ARGE, wobei es sich entweder um natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften handeln kann, wegen Zuwiderhandlung gegen § 168b StGB verurteilt werden. Die BIEGE oder ARGE selbst kann als GesbR jedoch nicht verurteilt werden, da die GesbR nach ABGB keine Rechtspersönlichkeit besitzt. Allerdings gibt es durchaus Stimmen, die sich dafür aussprechen, das VbVG auch auf die GesbR anwendbar zu machen.³¹⁵

5.5.2 SCHWERE BERUFLICHE VERFEHLUNG

Neben einer rechtskräftigen Verurteilung stellt eine schwere berufliche Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, einen Ausschlussgrund nach § 68 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 dar. Außer Verstößen gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts können auch sonstige Verfehlungen wie Beteiligungen an Absprachen über Preise oder Preisbestandteile, verbotene Preisempfehlungen oder Absprachen über die Abgabe oder Nichtabgabe von Angeboten oder anderen für Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des fairen Wettbewerbs verstoßende Abreden die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen.³¹⁶ Folglich kann eine kartellrechtswidrige BIEGE oder ARGE eine schwere berufliche Verfehlung darstellen und zum Ausschluss im Rahmen eines Vergabeverfahrens führen.

Voraussetzung für einen Ausschluss ist, dass die Verfehlung vom Auftraggeber "nachweislich" festgestellt wurde. Den Auftraggeber trifft also die Beweislast hinsichtlich der Verfehlung.³¹⁷ An das Erfordernis der "nachweislichen Feststellung" selbst sind strenge Anforderungen zu stellen: Nach den

³¹⁵ Zeder, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz "Unternehmensstrafrecht", 49.

³¹⁶ Gölles in Schramm et al, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar, § 51, Rz 24.

³¹⁷ Ibid, Rz 36.

Gesetzesmaterialien zum BVergG 2002 (der Vorgängerregelung des BVergG 2006) müssen die Umstände, auf die sich der Nachweis der schweren beruflichen Verfehlung durch den Auftraggeber gründet, von objektiv feststehenden, nicht erst künftiger gerichtlicher Klärung unterliegenden Umständen abhängen.³¹⁸ Eine Verfehlung ist dann nachweislich, wenn die Vergabestelle zur vollen Überzeugung der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit des Verhaltens kommen konnte, "sowie, wenn ein Verhalten unbestritten ist, oder in einem behördlichen Ermittlungsverfahren ein Geständnis vorliegt". Die Tatsache, dass eine Sachverhaltsdarstellung bei der Staatsanwaltschaft eingebracht wurde, reicht (noch) nicht aus.³¹⁹

Ein solcher Nachweis betreffend eine kartellrechtswidrige BIEGE kann insbesondere in der Form erbracht werden, dass der Auftraggeber nachweist, dass die einzelnen zur BIEGE gehörenden Gesellschafter den Auftrag auch jeweils alleine erbringen könnten und dass weder sonstige Gründe noch objektiv nachvollziehbare wirtschaftliche Gründe die Zusammenarbeit in der Form der BIEGE oder ARGE notwendig machen.³²⁰ Darüber hinaus kann auch die Tatsache, dass an der BIEGE oder ARGE Unternehmen mit erheblicher Marktmacht beteiligt sind, einen Ausschluss rechtfertigen. Dieser Nachweis dürfte allerdings in der Praxis in den meisten Fällen schwer zu bewerkstelligen sein und ist für den Auftraggeber mit einem nicht zu unterschätzenden Aufwand verbunden.

Ferner ist der Auftraggeber verpflichtet zu prüfen, ob die festgestellte Verfehlung für den künftigen Auftrag von Bedeutung ist und das Ergebnis dieser Prüfung niederzuschreiben.³²¹

³¹⁸ EB zur RV 1118 BlgNr XXI. GP, 41.

³¹⁹ Vgl etwa *Prünster*, Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen nachweislicher Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung eines Unternehmers, ZVB 2007, 253.

³²⁰ Vgl zur Kartellrechtswidrigkeit einer BIEGE die Ausführungen oben unter 4.1.3.4.7.

³²¹ *Pospisil*, Zuverlässigkeitsprüfung, ZVB 2008/5 unter Verweis auf VKS Wien 31. 3. 2005, VKS-884/05; 9. 6. 2005, VKS-1736/05.

5.5.3 DIE VERGABERECHTLICHE SELBSTREINIGUNG

Unternehmen, deren berufliche Zuverlässigkeit in Frage steht, haben die Möglichkeit durch "selbstreinigende Maßnahmen" ihre berufliche Zuverlässigkeit wieder herzustellen. Unter dem durch die deutsche Lehre und Rechtsprechung geprägten Begriff der "vergaberechtlichen Selbstreinigung" wird die Möglichkeit des Freibeweises durch einen Bieter verstanden, dessen berufliche Zuverlässigkeit aufgrund einer einschlägigen rechtskräftigen Verurteilung oder einer schweren beruflichen Verfehlung in Frage steht.

Im Hinblick auf das zugrunde liegende Thema käme eine Selbstreinigung insbesondere im Hinblick auf eine Verurteilung nach § 168b StGB in Betracht. Unmöglich ist eine Selbstreinigung hingegen, wenn die Zuverlässigkeit in Frage steht, weil die Gründung der BIGE im konkreten Vergabeverfahren kartellrechtswidrig war.

Die grundsätzliche Möglichkeit der Selbstreinigung war in Österreich spätestens seit 1998 aufgrund der Rechtsprechung des VfGH³²² anerkannt. Jedoch wurde diese Möglichkeit in der Literatur teilweise nur im Hinblick auf einen Freibeweis betreffend einer Zuwiderhandlung gegen das AuslBG verstanden.³²³

Diese Rechtsansicht lässt sich aufgrund der Tatsache erklären, dass vor dem Inkrafttreten des BVergG 2006 zwischen der "allgemeinen" und der "besonderen beruflichen Zuverlässigkeit" unterschieden wurde. Die besondere berufliche Zuverlässigkeit umfasste die Unbescholtenheit nach dem AuslBG, die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit hingegen einerseits die Unbescholtenheit im Hinblick auf relevante Zuwiderhandlungen, den Nachweis der Liquidität³²⁴ und den Nachweis der Zahlung der Sozialversicherungsabgaben.

³²² VfGH 24.06.1998, G 462/97 = bbl 1998, 194.

³²³ So etwa *Hofer*, Bundesvergabegesetz-Novelle 2007: Ein Streifzug, RPA 2007, 5.

³²⁴ Also, dass gegen die Bieter kein Konkursverfahren oder gerichtliches Ausgleichsverfahren eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde und sie sich nicht in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit eingestellt haben (Siehe § 55 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG 2002).

Der VfGH bezog sich jedoch in seinem Urteil – wie sogleich erläutert wird – nur auf die besondere berufliche Zuverlässigkeit, weswegen bis zur Novelle des BVergG 2006 unklar war, ob die Möglichkeit der Selbstreinigung auch im Hinblick auf die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit möglich war. Die terminologische Unterscheidung zwischen der allgemeinen und der besonderer beruflichen Zuverlässigkeit wurde mit dem BVergG 2006 aufgrund der Vereinheitlichung damit in Zusammenhang stehender Auswirkungen und Möglichkeiten hinfällig und findet sich folglich nicht mehr in den jeweiligen Überschriften der Gesetzesstellen im BVergG 2006.³²⁵

Der VfGH stellte in der genannten Entscheidung fest, dass der zwingende Ausschluss von Angeboten von Bietern, die aufgrund einer wesentlichen Verletzung des AuslBG verurteilt worden sind und aufgrund dessen nicht die erforderliche Unbedenklichkeitbescheinigung³²⁶ erlangen konnten, unsachlich sei und gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße. Er begründete dies nicht mit der Tatsache, dass den betroffenen Bietern im Vergabeverfahren nicht die Möglichkeit eingeräumt war, darzutun, weshalb sie trotz der vorliegenden Bestrafungen nicht als unzuverlässig anzusehen waren.

Auch der EuGH anerkennt die grundsätzliche Möglichkeit einer vergaberechtlichen Selbstreinigung (im weiteren Sinne). So stellte der EuGH in seiner Entscheidung vom 3.3.2005, *Fabricom*,³²⁷ fest, dass eine Vorschrift unzulässig sei, nach der eine Person, welche vorbereitende Arbeiten im Zusammenhang mit einer Ausschreibung ausgeführt hatte, nicht zur Teilnahme an der betreffenden Ausschreibung zugelassen wird, ohne dass ihr die Möglichkeit gegeben wird, zu beweisen, dass nach den Umständen des Einzelfalls die von ihr erworbene Erfahrung den Wettbewerb nicht hätte verfälschen können.³²⁸ Eine solche Bestimmung sei nach Ansicht des EuGH nicht verhältnismäßig. Gleiches

³²⁵ Siehe *Hofer*, Bundesvergabegesetz-Novelle 2007: Ein Streifzug, RPA 2007, 7.

³²⁶ Eine wesentliche Verletzung lag bei zumindest zwei rechtskräftigen Straferkenntnissen wegen einer Verletzung der zentralen Verbotsnorm des AuslBG, der illegalen Beschäftigung von Ausländern vor.

³²⁷ EuGH 3.3.2005, *Fabricom*, RS C-21/03 und C-34/03, Slg 2005, I-01559.

³²⁸ Rn 32 ff der Entscheidung.

müsste dann wohl auch im Hinblick auf Fragen der Zuverlässigkeit der individuellen Bieter gelten.

Seit der Novelle zum BVergG 2006³²⁹ ist die Möglichkeit von selbstreinigenden Maßnahmen nun auch im Gesetz verankert. § 73 BVergG 2006 sieht nunmehr ausdrücklich einen Freibeweis auch im Hinblick auf eine rechtskräftige Verurteilung sowie eine sonstige berufliche Verfehlung vor.

5.5.3.1 MAßNAHMEN DER SELBSTREINIGUNG

Gemäß § 73 Abs 2 BVergG 2006 unterteilt der Gesetzgeber die möglichen selbstreinigenden Maßnahmen in technische, organisatorische und personelle Maßnahmen. Die zu ergreifenden Maßnahmen müssen geeignet sein, das nochmalige Setzen der betreffenden strafbaren Handlung bzw Verfehlungen zu verhindern.

Nach § 73 Abs 2 Z 1 bis 3 BVergG 2006 sind etwa folgende Maßnahmen geeignet, die berufliche Zuverlässigkeit trotz einer einschlägigen Verurteilung bzw einer schweren Verfehlung nachzuweisen:

- Die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens;
- Die Einschaltung eines Organs der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften; sowie
- Die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften.

Bei der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit anhand nachträglicher Maßnahmen sind diese nach § 73 Abs 3 BVergG 2006 in Verhältnis zur Anzahl und Schwere der entsprechenden Zuwiderhandlung zu setzen. Grundsätzlich muss

³²⁹ BGBl I 86/2007.

gelten: Je mehr entsprechende – in § 73 Abs 2 BVergG 2006 exemplarisch genannte – Maßnahmen ein objektiv als unzuverlässig geltendes Unternehmen setzt, umso eher wird man von einer erfolgreichen Selbstreinigung sprechen können.

5.5.3.2 KONKRETE ERFOLGSVERSPRECHENDE MAßNAHMEN

Bislang hat die vergaberechtliche Judikatur in Österreich noch keine verlässlichen Kriterien zur Beurteilung selbstreinigender Maßnahmen entwickelt. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung, der in diesem Zusammenhang wertvolle Erkenntnis auch für das österreichische Recht zu entnehmen sind, versteht unter dem Begriff der Selbstreinigung Maßnahmen, die der betroffene Bieter glaubwürdig und ernsthaft ergriffen hat, um die in der Vergangenheit vorgekommene Rechtsverletzung für die Zukunft auszuschließen.³³⁰ In Anlehnung an die deutsche Lehre³³¹ und Rechtsprechung³³² sollen im Folgenden konkrete Handlungsalternativen aufgezeigt werden.

- Aktive Unterstützungshilfe durch das betroffene Unternehmen bei der Aufklärung der strafrechtlichen Vorwürfe;
- Wiedergutmachung des Schadens;
- Unverzügliche Entbindung von Personen, gegen die Tatvorwürfe erhoben und erhärtet sind, von ihren bisherigen Funktionen und Befugnissen im Unternehmen, und zwar im Rahmen einer vollständigen organisatorischen und personellen Lösung;

³³⁰ Siehe etwa *Prieß/Hausmann* in *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beckscher VOB-Kommentar, § 8 VOB/A, Rn 103 mwN.

³³¹ Siehe etwa *Ohrtmann*, Korruption im Vergaberecht – Konsequenzen und Prävention – Teil 2: Konsequenzen und Selbstreinigung, NZBau 2007, 280.

³³² Bei den wichtigsten jüngeren Entscheidungen deutscher Gerichte betreffend Selbstreinigung handelt es sich um die Entscheidung des OLG Düsseldorf in den sogenannten "Trienekens" Fällen (OLG Düsseldorf 09.04.2003, Beschluss Verg 66/02) sowie die Entscheidung des OLG Frankfurt vom 20.07.2004, Beschluss 11 Verg 6/04.

- Änderung der Entscheidungsstrukturen des Unternehmens, so dass eine Wiederholung erschwert oder idealerweise unmöglich gemacht wird;
- Aktive Mitwirkung an der Aufklärung;
- Einführung allgemeiner Ethik- bzw Verhaltenskodizes;
- Verankerung dieser Unternehmensgrundsätze in Arbeitsverträgen mit entsprechender Verpflichtung der Arbeitnehmer, die Grundsätze einzuhalten;
- Einführung sogenannter "Compliance Manager", welche die interne Einhaltung der Grundsätze überprüfen;
- Regelmäßige Mitarbeiterschulungen zu den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen; und
- Schutzmaßnahmen hinsichtlich solcher Arbeitnehmer, welche die jeweilige Ansprechperson im Unternehmen über mögliche Zuwiderhandlung informieren.³³³

5.6 DAS AUSSCHEIDEN VON ANGEBOTEN NACH § 129 ABS 1 BVERGG 2006

Im Gegensatz zu § 68 Abs 1 BVergG 2006, der den Ausschluss von Unternehmern regelt, legt § 129 Abs 1 BVergG 2006 Kriterien für das Ausscheiden von Angeboten fest. Dabei stehen einige Bestimmungen von § 129 Abs 1 BVergG 2006 in Konkurrenz zu jenen von § 68 Abs 1 BVergG 2006, insbesondere die für diese Arbeit besonders einschlägigen Bestimmungen des § 129 Abs 1 Z 2 und 8 BVergG 2006, welche das Ausscheiden von Angeboten von ungeeigneten Bietern und das Ausscheiden von Angeboten von jenen Bietern verpflichtend anordnet, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs

³³³ Vgl Denk/Steinbach, Die vergaberechtliche Selbstreinigung, ZVB 2008, 135.

verstoßende Abreden getroffen haben. Eine solche wettbewerbsbeschränkende Absprache ist ebenfalls im Zuge der Eignungsprüfung nach § 68 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 entsprechend zu berücksichtigen und das Unternehmen mangels selbstreinigender Maßnahmen vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Tatsächlich werden in § 129 BVergG 2006 in relativ unsystematischer Form Ausschluss- und Ausscheidungskriterien vermischt. § 129 BVergG 2006 enthält ebenso wie § 68 BVergG 2006 Ausscheidungsgründe aufgrund von "Mängeln der Bewerber"³³⁴, aber auch Ausscheidungsgründe aufgrund von "Mängeln des Angebots"^{335, 336}. Eine systematische Unterscheidung zwischen Ausschluss- und Ausscheidungsgründen ist daher auch nach der Neuregelung durch das BVergG 2006 grundsätzlich schwer möglich, zumal § 129 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 anordnet, dass das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 68 Abs 1 BVergG 2006 ohnedies zwingend zu einem Ausscheiden von Angeboten nach § 129 Abs 1 BVergG 2006 führt.

³³⁴ Dazu zählen der verpflichtende Ausschluss von Angeboten von Bieter, die von der Teilnahme nach § 68 Abs 1 oder § 20 Abs 5 BVergG 2006 auszuschließen sind (§ 129 Abs 1), der verpflichtende Ausschluss aufgrund mangelnder Eignung der Bieter (§ 129 Abs 2), der verpflichtende Ausschluss von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen haben (§ 129 Abs 8), der verpflichtenden Ausschluss von Angeboten von nicht aufgeforderten Bieter (§ 129 Abs 1 Z 10) sowie der verpflichtende Ausschluss von Bieter, bei welchen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw des Ablaufes der gemäß § 112 Abs 3 gesetzten Nachfrist kein Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw den Ausspruch der Gleichhaltung gemäß den §§ 373c, 373d und 373e GewO 1994 oder keine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung vorliegt oder die keinen Nachweis beigebracht haben, dass sie vor Ablauf der Angebotsfrist einen Antrag gemäß § 20 Abs 1 eingebracht haben (§129 Abs 1 Z 11).

³³⁵ Mängel bei den Preisen (§ 129 Abs 1 Z 3), Verstoß gegen das Gebot, dass ausschreibungsgemäße Preise vom Bieter anzugeben sind (§ 129 Abs 1 Z 4), Fehlen des Nachweises eines verlangten Vadiums (§ 129 Abs 1 Z 5), verspätet eingelangte Angebote (§ 129 Abs 1 Z 6), den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Nichtgleichwertigkeit von Angeboten, Angebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, fehlerhafte und unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind (§ 129 Abs 1 Z 7), bestimmte rechnerisch fehlerhafte Angebote (§ 129 Abs 1 Z 9), Angebote von nicht aufgeforderten Bieter.

³³⁶ Vgl Gölles in *Schramm et al*, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar, § 98, Rz 2.

5.6.1 UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN AUSSCHLUSS- UND AUSSCHIEDUNGSGRÜNDEN

Auch wenn auf den ersten Blick einzelne Ausscheidungsgründe und Ausschlussgründe ident scheinen und im Ergebnis Ausscheidungs- und Ausschlussgründe offenbar die gleichen Rechtsfolgen nach sich ziehen, gibt es doch gewisse Abgrenzungsmerkmale.

Gerade hinsichtlich BIEGE oder ARGE besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen Ausschluss- und Ausscheidungsgründen. Führt die Verwirklichung eines Ausscheidungsgrundes nach § 129 Abs 1 BVergG 2006 zwingend zum Ausscheiden des Angebots (und damit im Ergebnis zum Ausscheiden der gesamten BIEGE oder ARGE), muss die Verwirklichung eines Ausschlussgrundes nach § 68 Abs 1 BVergG 2006 nicht zwangsläufig zum Ausschluss der BIEGE oder ARGE führen. Ist die BIEGE oder ARGE als solche kartellrechtswidrig (etwa weil die Gesellschafter auch ohne den Zusammenschluss in eine BIEGE oder ARGE in der Lage wären, jeweils für sich ein Angebot abzugeben), wird sie nach § 68 Abs 1 BVergG 2006 folgerichtig auch als solche ausgeschlossen. Hat hingegen nur ein Mitglied der BIEGE oder ARGE einen Ausschlussgrund nach § 68 Abs 1 BVergG 2006 gesetzt, bestünde (zumindest beim nicht offenen und beim Verhandlungsverfahren, da nach § 20 Abs 2 BVergG 2006 die aufgeforderten Bewerber dem Auftraggeber die Bildung eines BIEGE oder ARGE erst vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitteilen müssen) die Möglichkeit des Ausschlusses des einzelnen betroffenen Gesellschafters, ohne dass automatisch die BIEGE als solche ausscheiden muss. Die übrigen Mitglieder der BIEGE oder ARGE könnten sich in der Folge weiterhin am Vergabeverfahren beteiligen.

Diese Ansicht vertritt etwa *Pospisil*, der davon ausgeht, dass – sofern der einzelne Gesellschafter ausgeschlossen wird – die Eignung der BIEGE oder der ARGE als solche nicht mehr fraglich sein sollte, zumal § 69 BVergG 2006 beim nicht offenen und beim Verhandlungsverfahren das Vorliegen der Eignung auf den Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe abstelle. Daraus ergibt sich, dass

ein Ausschluss des betroffenen Gesellschafters der BIEGE oder ARGE vor Aufforderung zur Angebotsabgabe möglich sein muss, um die Zuverlässigkeit wieder herzustellen.³³⁷

Auch *Gölles* geht von einer prinzipiellen Zulässigkeit eines "*allenfalls freiwilligen Ausscheidens*" des unzuverlässigen Mitglieds aus.³³⁸ Es sei vorstellbar, dass in der Folge eine reduzierte BIEGE oder ARGE im Rennen bleibe. Voraussetzung ist freilich, dass die BIEGE oder ARGE auch ohne den ausgeschlossenen Gesellschafter sämtliche Eignungsanforderungen erfüllt, was im Einzelfall zu prüfen ist.

Auch im Hinblick auf selbstreinigende Maßnahmen besteht ein wichtiger Unterschied; so ist bei für den Auftraggeber nachteiligen, wettbewerbswidrigen Absprachen nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 im konkreten Vergabeverfahren kaum an selbstreinigende Maßnahmen zu denken.³³⁹

5.6.2 FÜR DEN AUFTRAGGEBER NACHTEILIGE, WETTBEWERBSWIDRIGE ABSPRACHEN

§ 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 sieht vor, dass Angebote von Bietern auszuschneiden sind, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerb verstoßende Abreden getroffen haben.

Diese Bestimmung steht in einer gewissen Konkurrenz zu jener von § 68 Abs 1 BVergG 2006. Der formale Unterschied ist darin zu sehen, dass § 68 BVergG 2006 den Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren von Unternehmen zum Gegenstand hat, hingegen § 129 BVergG 2006 das Ausscheiden von Angeboten regelt. Unabhängig davon umfasst § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 auch die Pflicht des Auftraggebers zur

³³⁷ Vgl *Pospisil*, Zuverlässigkeitsprüfung, ZVB 2008/5.

³³⁸ *Gölles* in *Schramm* et al, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar, § 98, Rz 7.

³³⁹ Siehe dazu sogleich unten unter 5.6.2.

Ausscheidung von Angeboten von Bietern, deren Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Zudem ist meines Erachtens bei einer für den Auftraggeber nachteiligen Abrede zwischen Bietern, die gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößt, nur an selbstreinigende Maßnahmen zu denken, wenn sich die Abrede in früheren Verfahren im Hinblick auf den Auftraggeber ereignet hat, nicht jedoch wenn die für den Auftraggeber nachteilige Abrede im konkreten Vergabeverfahren stattgefunden hat. Dies wäre schon rein praktisch kaum vorstellbar.³⁴⁰

Im Gegensatz zu § 129 Abs 1 Z 8 BVergG kommt es hinsichtlich der Zuverlässigkeit nicht darauf an, dass die die Zuverlässigkeit in Frage stellende wettbewerbsbeschränkende Handlungen im Hinblick auf den Auftraggeber des konkreten Vergabeverfahrens erfolgt sind; vielmehr werden auch wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Hinblick auf sonstige Auftraggeber umfasst. Damit ist der Anwendungsbereich von § 68 Abs 1 BVergG 2006 deutlich weiter.

5.6.2.1 EINSCHLÄGIGKEIT DES KARTELLRECHTS

Es ist unbestritten, dass unter "für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden" jedenfalls Verstöße gegen das österreichische und das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsrecht fallen. Allerdings unterscheidet sich letztlich doch der Schutzzweck des Vergaberechts von jenem des Kartellrechts. Der Schutzzweck des Kartellrechts ist in diesem Zusammenhang weiter als jener des Vergaberechts, das nach § 19 Abs 1 BVergG nur den funktionierenden Vergabe- oder Parallelwettbewerb schützt.³⁴¹ Das Kartellrecht schützt neben dem funktionsfähigen Wettbewerb auch die Leistungsfähigkeit des Marktes insgesamt. Zudem erfolgt die Prüfung nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 nur hinsichtlich des konkreten Vergabeverfahrens. Daher ist es denkbar, dass ein Auftraggeber zur Ansicht gelangt, dass im Hinblick auf das konkrete Vergabeverfahren kein

³⁴⁰ Eine andere Meinung vertritt hingegen *Gölles* in *Schramm* et al, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar, § 98, Rz 22.

³⁴¹ Siehe etwa *Holoubek* in *Oberndorfer/Wolkerstorfer*, Vergaberechtliche Steuerungsmöglichkeiten bei möglicherweise zu geringem Wettbewerb, 28 f.

Ausscheidungsgrund vorlag, hingegen eine kartellrechtliche Prüfung ergibt, dass dessen ungeachtet ein Verstoß gegen das Kartellrecht vorliegt.³⁴²

Auch ist fraglich, ob das Vorliegen eines Bagatellkartells nach § 2 Abs 2 Z 1 KartG 2005 auch im Vergabeverfahren dazu führt, das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache zu verneinen. Davon ist meines Erachtens auch aufgrund der unterschiedlichen Schutzzwecke des Vergaberechts und des Kartellrechts nicht auszugehen.

Das Kartellrecht schützt die hinreichende Aufrechterhaltung des Wettbewerbs auf dem österreichischen Markt³⁴³, weswegen eine Bestimmung zur Ausnahme von Bagatellkartellen aufgrund der potentiell geringen Auswirkung auf den österreichischen Markt grundsätzlich sinnvoll sein kann. Etwas anderes gilt jedoch für das Vergaberecht, das immer das konkrete Vergabeverfahren schützt. Eine wettbewerbsbeschränkende Absprache wirkt sich jedenfalls negativ auf das Vergabeverfahren aus und zwar unabhängig von den jeweiligen Marktanteilen, weswegen ein nach § 2 Abs 2 Z 1 KartG 2005 vom Kartellverbot ausgenommenes Bagatellkartell vergaberechtlich durchaus eine gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Absprache darstellen kann, die nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 zum Ausscheiden des entsprechenden Angebots führen kann. Zu einem gleichen Ergebnis kam auch das BVA in einer jüngeren Entscheidung.³⁴⁴

Insgesamt ist jedoch hinsichtlich der materiellrechtlichen Prüfung, ob eine wettbewerbsbeschränkende Absprache vorliegt, von der Anwendbarkeit des Kartellrechts auszugehen, weswegen hinsichtlich der Darstellung konkreter Formen wettbewerbsbeschränkender Aspekte auf die Darstellungen oben im fünften Kapitel hingewiesen wird.

Klar muss jedoch sein, dass Kartellverstöße, welche die Interessen des Auftraggebers im konkreten Vergabeverfahren schädigen und die einen nicht

³⁴² Eilmansberger/Holoubek, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde, ÖZW 2008, 2.

³⁴³ So etwa OGH als KOG 9.12.1996, 16 Ok 1/95.

³⁴⁴ BVA 16.4.2008, N/0028-BVA/08/2008-81.

leistungsgerechten Vorsprung im Vergabewettbewerb verschaffen können oder aufgrund einer Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit durch eine Wettbewerbsbehörde oder ein Gericht die Eignung der betreffenden Anbieter beeinträchtigen, den Ausscheidungstatbestand des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 erfüllen.³⁴⁵

5.6.3 PRÜF-, ERÖRTERUNGS- UND AUSSCHIEDUNGSPFLICHT DES AUFTRAGGEBERS

Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen haben, sind nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 vor der Zuschlagsentscheidung vom Auftraggeber zwingend auszuschließen. Den Auftraggeber trifft folglich eine Ausscheidungspflicht, wenn die vorangegangene Prüfung ergeben hat, dass die BIEGE oder ARGE eine für den Auftraggeber nachteilige, wettbewerbswidrige Absprache getroffen hat. Über das Vergabeverfahren hinausgehende Pflichten, wie eine Anzeigepflicht der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung gegenüber einer Behörde oder einem Gericht, treffen den Auftraggeber hingegen nicht.³⁴⁶

Die Tatsache, dass eine Anzeigepflicht nicht besteht, ist durchaus von Relevanz, da eine festgestellte Wettbewerbsbeschränkung nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 auch einen Verstoß gegen § 168b StGB (Verbot von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen in Vergabeverfahren) darstellen kann.³⁴⁷

In diesem Zusammenhang ist auf die Bestimmung von § 78 StPO hinzuweisen, nach der eine Behörde oder eine öffentliche Dienststelle eine Anzeigepflicht bei der Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft trifft, wenn dieser der Verdacht einer Straftat bekannt wird, die ihren gesetzmäßigen Wirkungsbereich betrifft.

³⁴⁵ Eilmansberger/Holoubek, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde, ÖZW 2008, 2.

³⁴⁶ Vgl. Eilmansberger/Holoubek, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung von Angeboten einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2.

³⁴⁷ Siehe dazu unten Kapitel 7.

Vor einer Ausscheidung ist der Auftraggeber jedoch nach der Rechtsprechung des BVA und des VKS Wien verpflichtet, die Gründe für die Ausscheidung mit den Bietern zu erörtern und diesen die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben.³⁴⁸

5.6.3.1 DIE ENTSCHEIDUNG DES VKS WIEN VOM 18.10.2007

In einer jüngeren Entscheidung³⁴⁹ hat sich der VKS Wien mit der Frage der Prüfpflicht eines Auftraggebers hinsichtlich eines Angebots einer ARGE, die aus zwei marktbeherrschenden Unternehmen bestand, auseinandergesetzt. Vorausgegangen war ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Amtsblatt der EG zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im Oberschwellenbereich. Die zugunsten der ARGE ausgesprochene Zuschlagsentscheidung wurde mit einem Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bekämpft. Der VKS Wien hielt in seiner Entscheidung fest, dass die Rüge der Antragstellerin, nach der der vorgesehene Zuschlag aufgrund von kartellrechtlicher Vorschriften und wettbewerbsrechtlicher Grundsätze unzulässig sei, im Ergebnis berechtigt sei. Der Auftraggeber habe die ihn treffende Prüfpflicht nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 verletzt, da er – obwohl es sich bei den Mitgliedern der BIEGE um die beiden größten Marktteilnehmer handelte, die auch nach eigener Aussage über einen Marktanteil von je mehr als 30% verfügen – nicht geprüft habe, ob die Mitglieder der BIEGE auch einzeln ein Angebot hätten einreichen können. Im Übrigen treffe die Mitglieder der BIEGE nach § 4 KartG die Beweislast, dass sie trotz des hohen Marktanteils nicht marktbeherrschend seien. Der VKS Wien trug daher dem Auftraggeber auf, im fortgesetzten Vergabeverfahren zu prüfen, ob durch den Zusammenschluss der Mitglieder der BIEGE gegen kartellrechtliche Bestimmungen verstoßen worden wäre.³⁵⁰

³⁴⁸ BVA 2.05.2007, N/0024-BVA/15/2007-33; VKS Wien 6.12.2007, VKS-6877/07; 29.07.2005, VKS-2203/05; 9.06.2005, VKS-1736/05. Siehe auch *Oppel*, § 68 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 kann subsidiär zu § 68 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 herangezogen werden, ZVB 2008, 147.

³⁴⁹ VKS Wien 18.10.2007, VKS – 4093/07.

³⁵⁰ Zur Entscheidung des VKS Wien siehe *Oppel*, Beseitigung der kartellrechtlichen Immunität der Arbeitsgemeinschaft durch die Kartellgesetznovelle 2002, ZVB 2, 48 und *Eilmansberger/Holoubek*, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur

Allerdings ist wohl auch nach diesem Urteil keine Prüfpflicht des Auftraggebers hinsichtlich jedes Angebots einer BIEGE oder einer ARGE anzunehmen. Viel eher ist der Auftraggeber verpflichtet, eine entsprechende Prüfung durchzuführen, wenn er aufgrund konkreter Anhaltspunkte – etwa wegen der hohen Marktanteile der Gesellschafter der BIEGE oder ARGE – einen begründeten Verdacht auf Vorliegen einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung hegen müsste.³⁵¹

5.6.3.2 PRÜFUNGSMAßSTAB NACH § 129 BVERGG 2006

Trotz der oben erläuterten teilweisen Unterschiede zwischen Kartell- und Vergaberecht orientiert sich eine Prüfung nach § 129 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 an den gemeinschaftsrechtlichen bzw nationalen kartellrechtlichen Bestimmungen. Ob die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts Anwendung finden, lässt sich daraus ableiten, ob die fragliche Vereinbarung geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Eine solche Eignung ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die betreffende Ausschreibung gemeinschaftsweit bekannt gemacht worden ist. Ansonsten muss anhand der oben unter Punkt 4.1.3.1 erläuterten Regelungen geprüft werden, ob eine solche Eignung vorliegt. Bejahendenfalls geht das Gemeinschaftsrecht den nationalen Regelungen vor.

Hinsichtlich der Einzelheiten und der Rechtsprechung zur kartellrechtlichen Würdigung von BIEGE und ARGE wird auf die Darstellung oben unter 4.1.3.4.7 verwiesen. Zusammengefasst stellt eine BIEGE oder ARGE – sofern es sich um eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung handelt und der Ausnahmetatbestand nicht erfüllt ist – dann einen Kartellverstoß dar, wenn die Unternehmen für sich alleine in der Lage wären, ein Erfolg versprechendes Angebot abzugeben und es keine sonstigen oder wirtschaftlichen Gründe gibt, die die Gründung der BIEGE oder ARGE erforderlich machen. Auch wenn an der BIEGE oder ARGE

kartellrechtlichen Überprüfung von Angeboten einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2.

³⁵¹ *Eilmansberger/Holoubek*, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung von Angeboten einer Bietergemeinschaft in Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2.

Unternehmen mit erheblicher Marktmacht beteiligt sind und die Zusammenarbeit zu Abschottungsproblemen gegenüber Dritten führt, kann es sich um einen Kartellverstoß handeln.

Wie oben erläutert wurde, kann auch eine Mehrfachbeteiligung im Zusammenhang mit BIEGE und ARGE einen Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 darstellen. Diesbezüglich wird auf die oben unter 5.4.1 dargestellten problematischen Konstellationen einer Mehrfachbeteiligung hingewiesen.

5.6.3.3 BEWEISLAST UND PRÜFDICHTE

5.6.3.3.1 BEWEISLAST

Nach dem Wortlaut von § 129 Abs 1 BVergG 2008 trifft den Auftraggeber die Prüfpflicht und folglich die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens von wettbewerbswidrigen Absprachen der Bieter. Diese Bestimmung steht im Einklang mit den nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen. Im Verfahren vor dem Kartellgericht, in denen sich die Parteien gegenüberstehen, gelten die Behauptungs- und Beweislastregeln des streitigen Verfahrens.³⁵² Nach der allgemeinen Beweislastregel im streitigen Verfahren trägt jede Partei die Beweislast für das Vorliegen aller tatsächlichen Voraussetzungen der für sie günstigen Rechtsnorm, der Kläger hat daher die rechtsbegründenden Tatsachen und der Beklagte die rechtsverhindernden, rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Tatsachen zu beweisen.³⁵³ Ebenso regelt Art 2 der VO 1/2003 die Beweislast, nach dem die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Art 81 Abs 1 EGV die Partei oder Behörde trifft, die diesen Vorwurf erhebt. *"Die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags vorliegen, obliegt den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen."*

³⁵² Reidlinger/Hartung, Das neue österreichische Kartellrecht, 226.

³⁵³ Deixler-Hübner/Klicka, Zivilverfahren⁵, Rz 169.

Daraus folgt, dass nur wenn der Auftraggeber den Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 KartG 2005 bzw Art 81 Abs 1 EGV erbringt, der betroffene Bieter nachweisen muss, dass der Ausnahmetatbestand nach Art 81 Abs 3 EGV oder ein Ausnahmetatbestand nach § 2 KartG vorliegt. Der Auftraggeber kann daher betroffene Bieter auffordern, fundierte Vorwürfe zu widerlegen oder Entlastungsbeweise zu erbringen, die sich in ihrer Sphäre befinden.³⁵⁴

Den Bieter trifft hingegen im Vorfeld verfahrensrechtlich keine Pflicht, sich eine "Unbedenklichkeitsbescheinigung" vom Kartellgericht ausstellen zu lassen. Dies wäre – sofern es sich um einen Sachverhalt handelt, der nach EG Kartellrecht zu beurteilen ist – auch nicht zulässig, da für die Feststellung, dass eine Vereinbarung nicht den europäischen Kartellvorschriften unterliegt, nach Ansicht des Kartellgerichts keine Rechtsgrundlage besteht.³⁵⁵ Allerdings sollte insbesondere bei BIEGE oder ARGE, deren Gesellschafter sich aus marktstarken Unternehmen zusammensetzen, eine interne Überprüfung erfolgen.

5.6.3.3.2 PRÜFDICHTE

In Anlehnung an *Eilmansberger/Holoubek* ist davon auszugehen, dass die Prüfdichte nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 wohl unter den Nachweisanforderungen im kartellgerichtlichen Verfahren anzusiedeln ist.³⁵⁶ Voraussetzung einer Ausscheidung nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 ist jedoch jedenfalls ein vom Auftraggeber für die Vergabekontrollbehörde objektiv nachvollziehbarer Kartellrechtsverstoß. Wie oben unter 4.6.3 dargestellt wurde, ist der Auftraggeber bei Vorliegen bestimmter Anhaltspunkte zu einer Prüfung

³⁵⁴ *Eilmansberger/Holoubek*, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung von Angeboten einer Bietergemeinschaft in Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2.

³⁵⁵ So etwa OGH als KOG, 20.12.2004, 16 Ok 19/04, *Tennisbälle* (wbl 2005, 190; ecolex 2005, 545).

³⁵⁶ *Eilmansberger/Holoubek*, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung von Angeboten einer Bietergemeinschaft in Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2.

hinsichtlich des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung verpflichtet, wobei er diese Prüfung sorgfältig und unter Bedachtnahme auf die ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen sowie den Zeitrahmen, in welchem die Angebotsprüfung erfolgen muss, durchzuführen hat.³⁵⁷

Ferner regelt § 122 BVergG 2006, dass die *"Prüfung und Beurteilung eines Angebots nur solchen Personen zu übertragen [ist], welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen."* Daraus kann gefolgert werden, dass der Auftraggeber – bei Vorliegen bestimmter Verdachtsmomente³⁵⁸ – verpflichtet ist, externe kartellrechtliche Sachverständige zu konsultieren.

Ob der Auftraggeber verpflichtet ist, ein Angebot hinsichtlich des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung einer vollständigen und abschließenden Bewertung zu unterziehen, kann mangels klarstellender Rechtsprechung und Gesetze nicht abschließend festgestellt werden. Ob die Auffassung von *Eilmansberger/Holoubek*³⁵⁹, nach der Auftraggeber nicht verpflichtet seien, ein Angebot im Hinblick auf seine Kartellrechtskonformität einer vollständigen und abschließenden Bewertung zu unterziehen, sich durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Klar muss jedoch sein, dass je höher die Verdachtsmomente wiegen, desto umfassender der Auftraggeber das Angebot zu prüfen hat.

In Betracht käme auch, dass der Auftraggeber die Bundeswettbewerbsbehörde kontaktiert, um die Zulässigkeit prüfen zu lassen. Allerdings könnten in diesem Fall aufgrund der kaum vorhersagbaren Verfahrensdauer Probleme im Zusammenhang mit der Zuschlagsfrist auftauchen. Ist die Bundeswettbewerbsbehörde der Ansicht, dass die betreffende BIEGE oder ARGE

³⁵⁷ *Eilmansberger/Holoubek*, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung von Angeboten einer Bietergemeinschaft in Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2.

³⁵⁸ Etwa hohe Marktanteile der Mitglieder der ARGE oder der BIEGE.

³⁵⁹ *Eilmansberger/Holoubek*, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung von Angeboten einer Bietergemeinschaft in Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2.

eine verbotene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung darstellt, kann sie beim Kartellgericht einen Ab- und/oder Feststellungsantrag stellen.

Zwecks Vollständigkeit sei angemerkt, dass der öffentliche Auftraggeber mangels Unternehmereigenschaft³⁶⁰ nicht legitimiert ist, entsprechende Anträge beim Kartellgericht zu stellen, da § 36 Abs 4 Z 4 KartG 2005 die Antragslegitimation an das rechtliche oder wirtschaftliche Interesse von Unternehmern knüpft. Der Bundeswettbewerbsbehörde kommt jedoch nach § 26 Abs 2 KartG 2005 die Antragslegitimation als Amtspartei zu.

³⁶⁰ Nach der Rechtsprechung des OGH ist eine reine Beschaffungstätigkeit keine unternehmerische Tätigkeit im Sinne des Kartellrechts. Vgl OGH, 16.12.2002, 16 Ok 14/02.

6. STRAFRECHTLICHE BETRACHTUNG

Eine kartellrechtswidrige ARGE kann neben vergaberechtlichen Konsequenzen auch strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. In Betracht kommt dabei insbesondere der mit BGBl I Nr 62/2002 eingeführte Tatbestand "wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren" (§ 168b StGB), der im Zuge der Erlassung des WettbG und der KartG-Novelle 2002 nach dem Vorbild von § 298 dStGB geschaffen worden ist.³⁶¹ Ferner kommt – bei Vorliegen eines Vermögensschadens beim Auftraggeber – der Straftatbestand des Betrugs gemäß § 146 StGB in Betracht.³⁶² Für die Zwecke der zugrunde liegenden Arbeit wird jedoch auf eine detaillierte Darstellung des Betrugstatbestands verzichtet und vielmehr der in der Praxis in diesem Zusammenhang mittlerweile bedeutsamer Tatbestand des § 168b StGB erläutert.

6.1 WETTBEWERBSBESCHRÄNKENDE ABSPRACHEN BEI VERGABEVERFAHREN

Nach § 168b Abs 1 StGB ist mit drei Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen, *"wer bei einem Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag stellt, ein Angebot legt oder Verhandlungen führt, die auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen, die darauf abzielt, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen"*.

Unter einem solchen Submissionskartell wird eine Vereinbarung verstanden, die darauf gerichtet ist, den aufgrund des Preiswettbewerbs zwischen unabhängigen

³⁶¹ Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar², § 168b StGB, Rz 4.

³⁶² Voraussetzung für die Anwendung von § 146 StGB ist, dass es zu einem Schaden des Auftraggebers gekommen ist oder dass ein solcher nachgewiesen werden kann. Aufgrund der damit verbundenen Beweisschwierigkeiten und im Hinblick auf den Wegfall der kartellrechtlichen Strafbestimmung wurde § 168b StGB als "gerichtlich strafbarer Auffangtatbestand" geschaffen (Vgl Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar², § 168b StGB, Rz 6).

Anbietern bei Ausschreibungen bestehenden Wettbewerb durch eine Absprache zu beschränken, um ein gegenseitiges Unterbieten zu verhindern.³⁶³

§ 168b StGB ist in den Abschnitt der Vermögensdelikte eingeordnet, was dadurch zu begründen ist, dass sich wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren in der Regel negativ auf den Preiswettbewerb auswirken, wodurch Auftraggeber zu einem höheren Preis "einkaufen", als sie es bei einem Vergabeverfahren ohne wettbewerbsbeschränkende Absprachen getan hätten. Die Tatbestandsmäßigkeit erfordert jedoch – im Gegensatz zum Betrug – keine Vermögensschädigung. Es handelt sich um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt – ein Erfolg ist nicht notwendig.³⁶⁴

6.1.1 DIE ARGE ALS ADRESSAT VON § 168B StGB

In der klassischen Form werden unter dem Tatbestand der wettbewerbsbeschränkenden Absprache bei Vergabeverfahren geheime Absprachen verstanden. In der Regel verpflichten sich bei Submissionsabsprachen die Beteiligten jeweils zugunsten eines Beteiligten, entweder kein Angebot oder nur ein Schutzangebot abzugeben, um bei späteren Ausschreibungen ihrerseits durch ein entsprechendes Verhalten der anderen, den Zuschlag zu erhalten.

Es stellt sich die Frage, ob die Gründung einer ARGE, die ja offiziell erfolgt und bei der nicht *per se* eine Absprache über zukünftige Aufträge erfolgen muss, auch den Straftatbestand des Submissionsbetrugs erfüllen kann unter der Voraussetzung, dass es sich um eine kartellrechtswidrige ARGE handelt und die weiteren Tatbestandsmerkmale von § 168b StGB erfüllt sind.

Dafür sprechen zwei Punkte: Einerseits wird durch § 168b StGB auch der (Preis)Wettbewerb geschützt.³⁶⁵ Eine kartellrechtswidrige ARGE wird aber in der

³⁶³ Siehe *Schweinhammer*, Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen, 17.

³⁶⁴ *Zeder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar, § 168b StGB, 9. Lfg, Rz 56.

³⁶⁵ Siehe etwa *Lurger*, Die strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen seit der KartGNov 2002, *ecolex* 2003, 109. Anders sehen dies unter Hinweis auf die Materialien *Kirchbacher/Presslauer* (*Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar, § 168b, Rz 55), die als geschütztes Rechtsgut nur das Vermögen angeben. Dieser Ansicht ist

Regel zu höheren Preisen führen, weil die Wettbewerbssituation durch das Fehlen wichtiger potentieller Wettbewerber, die in dieser Konstellation nicht selber ein Angebot legen, sondern als Gesellschafter der BIEGE ein Angebot abgeben, verschlechtert wird, womit in der Regel auch eine Beeinträchtigung des Preiswettbewerbs einhergeht. Andererseits sind schon dem Wortlaut nach kartellrechtswidrige ARGE unter § 168b StGB zu subsumieren, da lediglich auf rechtswidrige Absprachen abgestellt wird und die Rechtswidrigkeit nach Kartellrecht zu beurteilen ist.³⁶⁶ Wie oben dargestellt wurde, kann aber schon die Gründung einer ARGE im vergaberechtlichen Kontext unter bestimmten Voraussetzungen ein rechtswidriges Kartell darstellen, womit eine Anwendung von §168b StGB jedenfalls begründet werden kann und zwar insbesondere dann, wenn die Gesellschafter auch alleine in der Lage wären, ein Angebot zu legen. Die bloße Gründung einer ARGE ist hingegen klarerweise nicht als solche als Verstoß gegen § 168b StGB zu werten.³⁶⁷

6.1.2 DER ANWENDUNGSBEREICH VON § 168B STGB

Fraglich ist, wie weit der Anwendungsbereich von § 168b StGB abzugrenzen ist. Konkret stellt sich die Frage, was unter einem "Vergabeverfahren" nach § 168b StGB zu verstehen ist, und insbesondere, ob auch eine Vergabe durch Private tatbestandsmäßig ist.

Was unter einem Vergabeverfahren zu verstehen ist, ergibt sich insbesondere aus dem Vergaberecht. Das BVergG 2006 versteht unter einem Vergabeverfahren Verfahren zur Beschaffung von jedweden Leistungen, wobei § 25 BVergG 2006

jedoch nicht zu folgen, zumal der (Preis-)Wettbewerb nicht isoliert vom überhöhten Preis gesehen werden kann, der ja in der Regel gerade durch den aufgrund von Absprachen nicht oder nicht im ausreichenden Maße vorhandenen Wettbewerb zustande gekommen ist.

³⁶⁶ Vgl etwa *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar*², § 168b StGB, Rz 9 unter Bezugnahme auf *Schramm/Öhler in Schramm et al, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar*, § 23, Rz 116.

³⁶⁷ Vgl etwa *Müller, Kartellrechtliche Aspekte von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht*, RPA 2004, 148.

verschiedene Arten von Vergabeverfahren benennt.³⁶⁸ Wettbewerbe (§ 26 BVergG 2006) fallen hingegen als solche nicht unter den Begriff Vergabeverfahren iSv § 25 BVergG, wobei sich einem Wettbewerb jedoch ein Vergabeverfahren anschließen kann. Damit ist der Anwendungsbereich von § 168b StGB weiter als jener von § 298 dStGB, da dieser nur Vergabeverfahren umfasst, bei denen eine Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe nach vorausgegangenem Teilnahmewettbewerb vorliegt und somit das Verhandlungsverfahren kein Vergabeverfahren im Sinne von § 298 dStGB ist.³⁶⁹

Das BVergG 2006 gilt nur für öffentliche Auftraggeber, wobei eine freiwillige Unterwerfung unter die Regeln des BVergG 2006 auch für private Auftraggeber möglich ist. Ob aber Vergabeverfahren durch Private grundsätzlich unter § 168b StGB fallen, kann bezweifelt werden.

In einem ersten Schritt sind zur Beantwortung dieser Frage die verschiedenen Formen von privaten Vergaben zu unterscheiden. Einerseits kann es sich um Vergaben privater Auftraggeber handeln, die nicht nach den Bestimmungen des Vergaberechts geführt werden, andererseits kann es sich um private Vergaben handeln, die nach den Regelungen des Vergaberechts geführt werden. Schließlich kommen private Verfahren in Betracht, die förmlichen Verfahren nach dem BVergG 2006 zumindest ähneln.

Nach der deutschen Lehre³⁷⁰ und Rechtsprechung³⁷¹ kommt es auf diese Unterscheidung hinsichtlich der Bestimmung des Anwendungsbereichs von § 298 dStGB an, da § 298 dStGB auch bei Vergabeverfahren von privaten

³⁶⁸ Das offene und das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren, die Rahmenvereinbarung, das dynamischen Beschaffungssystem, der wettbewerbliche Dialog und die Direktvergabe.

³⁶⁹ Zeder Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar, § 168b StGB, 9. Lfg, Rz 68.

³⁷⁰ Vgl etwa Momsen in Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar, § 298, Rz 14-18.

³⁷¹ Etwa BGH, Beschluss vom 13.12.2002, 1 StR 366/02.

Auftraggebern angewendet werden soll, wenn das private Vergabeverfahren ähnlich oder in Anlehnung an die Bestimmungen der VOB/A ausgestaltet ist.³⁷²

Greeve kritisiert jedoch diese weite Auslegung und schlägt demgegenüber vor, den Anwendungsbereich von § 298 dStGB auf solche privaten Vergabeverfahren zu beschränken, bei denen sich der private Auftraggeber eindeutig den Regelungen des Vergaberechts unterwirft. Nur wenn ein solcher Bindungswille erkennbar sei, könne davon ausgegangen werden, dass die Bieter auf die Einhaltung formalisierter Verfahrensweisen und die Anwendung der durch Vergabevorschriften vorgegebenen Wertungskriterien insgesamt vertrauen dürften, was auch für eine Begründbarkeit der Anwendbarkeit von § 298 dStGB spräche.

Die österreichische Rechtsprechung ist hinsichtlich des Begriffsverständnisses von "Vergabeverfahren" uneinheitlich. *Kirchbacher/Presslauer*³⁷³ etwa gehen davon aus, dass für den Anwendungsbereich von § 168b StGB keinesfalls nur auf die vergaberechtliche Definition des Vergabeverfahrens abgestellt werden könne. Für eine solche Einschränkung des Anwendungsbereiches fänden sich weder in der Strafbestimmung, noch in den Materialien Anknüpfungspunkte. Daher kommen *Kirchbacher/Presslauer* zu dem Schluss, dass § 168b StGB auch im Hinblick auf wettbewerbsbeschränkende Absprachen, die nicht dem Bundesvergabegesetz unterliegen, Anwendung findet.

Anders sieht dies etwa *Zeder*, der seine Argumentation auf die schon sprachlichen Unterschiede zwischen § 298 dStGB und § 168b StGB stützt. § 298 dStGB umschreibt den Anwendungsbereich neutral mit "bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen", hingegen verweist § 168b StGB auf den auf das BVergG hinweisenden Begriff "Vergabeverfahren", was auch mit der

³⁷² *Greeve*, Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen, NStZ 2003/10, unter kritischer Darstellung der Rechtsprechung des BGH vom 19.12.2002, 1 StR 366/02.

³⁷³ *Kirchbacher/Presslauer* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar², § 168b StGB.

Umschreibung der drei Handlungsformen der Stellung des Teilnahmeantrages, der Angebotslegung und der Verhandlungsführung zum Ausdruck kommt.³⁷⁴

Die Argumentation von *Zeder* ist im Ergebnis überzeugend. Der vertretenen Ansicht ist schon im Sinne der Rechtssicherheit zu folgen. So wäre es für einzelne Bieter kaum möglich festzustellen, wann ein Vergabeverfahren ähnlich dem eines formellen Vergabeverfahrens ist, das verpflichtend nach den Regelungen des BVergG 2006 ausgestaltet ist. Zudem ist auch zu berücksichtigen, dass wenn schon aus dogmatischen Gründen nur für bestimmte Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern ein formales Vergabeverfahren verpflichtend ist, es mehr als fraglich ist, eine Strafbarkeit von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei nicht formellen Vergabeverfahren anzunehmen, welche durch den Gesetzgeber in weitaus geringerem Ausmaß gesetzlich determiniert sind und der Schutz des freien Wettbewerbs offenbar hinter die Privatrechtsautonomie zurücktritt, zumal zivilrechtliche Regelungen dem geschädigten Auftraggeber ohnedies Instrumente gewähren, einen durch eine Absprache eingetroffenen Schaden etwa durch Schadenersatzansprüche oder Ansprüche aufgrund von Willensmängeln auszugleichen.

Bislang wurde der Anwendungsbereich von § 168b StGB durch die Rechtsprechung noch nicht klargestellt, wobei wohl mit einer Befassung der Gerichte mit dieser Frage in näherer Zukunft gerechnet werden kann.

6.1.3 OBJEKTIVER TATBESTAND

Neben der Einschränkung auf Vergabeverfahren normiert § 168b StGB als Tathandlung die folgenden alternativen Handlungsformen als Tatbestandsmerkmale: das Stellen eines Teilnahmeantrags, das Legen eines Angebots und das Führen von Verhandlungen. Zum Begriffsverständnis sind die einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen heranzuziehen.³⁷⁵ Sofern die genannten Handlungsformen auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen, es also

³⁷⁴ *Zeder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar, § 168b StGB, 9. Lfg, Rz 69.

³⁷⁵ *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar, § 168b, Rz 12.

einen Kausalzusammenhang zwischen Absprache und den Handlungsformen gibt und die Absprache darauf abzielt den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen, ist der objektive Tatbestand als erfüllt anzusehen.

6.1.3.1 TEILNAHMEANTRAG STELLEN

Das Stellen eines Teilnahmeantrags sieht das BVergG 2006 bei mehreren Verfahren vor. Unternehmen, die am Vergabeverfahren teilnehmen möchten, können nach der Auftragsbekanntmachung, insbesondere beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung sowie beim wettbewerblichen Dialog brieflich oder elektronisch einen Teilnahmeantrag stellen. Es ist wohl davon auszugehen, dass die Stellung eines Teilnahmeantrags per Fax oder telefonisch nicht tatbestandsmäßig ist, da darin vergaberechtlich nur eine Interessenbekundung zu sehen ist.³⁷⁶ Für die Tatbestandsmäßigkeit kommt es jedoch auf die Abgabe einer Erklärung an.³⁷⁷

6.1.3.2 ANGEBOT STELLEN

§ 2 Z 3 BVergG 2006 definiert ein Angebot als die Erklärung eines Bieters, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen. Zivilrechtlich handelt es sich bei einem Angebot um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die der Bieter gegenüber dem Auftraggeber abgibt. Die Willenserklärung muss inhaltlich ausreichend bestimmt sein und einen Bindungswillen erkennen lassen³⁷⁸, was bei der Abgabe eines Angebots nach vergaberechtlichen Bestimmungen unzweifelhaft erfüllt ist. In vergaberechtlicher Hinsicht ist das Angebot auf einen Vertragsabschluss mit dem Auftraggeber gerichtet.³⁷⁹

³⁷⁶ Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich, 201.

³⁷⁷ Zeder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar, § 168b, 9. Lfg, Rz 73.

³⁷⁸ Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar, § 168b, Rz 29.

³⁷⁹ Öhler/Schramm in Schramm et al, Bundesvergabegesetz 2002 Kommentar, § 20, Rz 3.

Tatbestandsmäßig ist die Übermittlung des Angebots an den Auftraggeber in Papierform oder in elektronischer Form. Es ist jedoch nicht notwendig, dass das Angebot dem Auftraggeber tatsächlich zukommt oder dass es dieser zur Kenntnis nimmt.³⁸⁰

6.1.3.3 VERHANDLUNGEN FÜHREN

Als dritte Handlungsform sieht § 168b StGB das Führen von Verhandlungen vor. Das BVergG 2006 normiert das Führen von Verhandlungen nur im Hinblick auf das Verhandlungsverfahren mit oder ohne vorherige Bekanntmachung. Nach der Abgabe eines Angebots kann gemäß § 25 Abs 5 und 6 BVergG 2006 über den Auftragsinhalt verhandelt werden.

Da beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung interessierte Unternehmer jedenfalls einen Teilnahmeantrag stellen und beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die eingeladenen Unternehmer ein Angebot legen, ist im Verhandlungsverfahren die Tatbestandsmäßigkeit im Hinblick auf die Handlungsformen in der Regel schon durch die Stellung eines Teilnahmeantrags bzw die Legung eines Angebots gegeben, weswegen das rechtspolitische Bedürfnis zur Erfassung solcher Fälle gering ist und in der Lehre mitunter angeregt wird, diese Tathandlungsform mangels Notwendigkeit sowie wegen der relativen Unbestimmtheit der Tathandlung abzuschaffen.³⁸¹

6.1.3.4 DIE RECHTSWIDRIGKEIT DER ABSPRACHE

Ob eine Absprache als rechtswidrig anzusehen ist, ergibt sich aus dem Kartellrecht. Daher wird diesbezüglich auf die Ausführungen oben unter 4.1.3.4.7 verwiesen.

³⁸⁰ Zeder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar, § 168b, 9. Lfg, Rz 72.

³⁸¹ Zeder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar, § 168b, 9. Lfg, Rz 76.

Da es sich bei dem Kriterium der Rechtswidrigkeit der Absprache um ein normatives Kriterium handelt, muss sich der Vorsatz auch auf die Rechtswidrigkeit beziehen. Ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Absprache schließt den Vorsatz aus.³⁸²

6.1.3.5 ZIEL DER ABSPRACHE

§ 168b StGB verlangt, dass die Absprache darauf abzielen muss, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen. Es muss also zumindest konkludent zwischen den Beteiligten ein gemeinsames Verständnis darüber bestehen, dass die Absprache innerhalb eines bestimmten Vergabeverfahrens die Auswahlentscheidung des Auftraggebers beeinflussen und somit dessen Wahlmöglichkeit einschränken soll.³⁸³ Hingegen kommt es nicht auf eine Täuschung des Auftraggebers über die Existenz der Absprache noch auf deren Verheimlichung an.³⁸⁴ Unwesentlich ist ebenfalls, ob das abgesprochene Angebot tatsächlich zum Zug kommt.³⁸⁵

6.1.4 SUBJEKTIVER TATBESTAND

Der subjektive Tatbestand erfordert zumindest bedingten Vorsatz, wobei sich der Vorsatz auf alle Tatbestandselemente beziehen muss, also auf das Vergabeverfahren, die drei Handlungsformen sowie die Absprache einschließlich der Rechtswidrigkeit und dem Ziel der Absprache sowie dem Zusammenhang zwischen Absprache und Angebot. Ausreichend ist, dass der Täter den bedingten Vorsatz hat, dass das Ziel der Absprache die Veranlassung des Auftraggebers zur Annahme eines bestimmten Angebots ist.³⁸⁶

³⁸² Zeder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar, § 168b, 9. Lfg, Rz 81.

³⁸³ Vgl Lurger, Die strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen seit der KartGNov 2002, ecolex 2003, 109.

³⁸⁴ Zeder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar, § 168b, 9. Lfg, Rz 85.

³⁸⁵ Vgl Lurger, Die strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen seit der KartGNov 2002, ecolex 2003, 109.

³⁸⁶ Zeder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar, § 168b, 9. Lfg, Rz 89.

6.1.5 STRAFAUFHEBUNGSGRUND

Nach § 168b Abs StGB ist nicht zu bestrafen, *"wer freiwillig verhindert, dass der Auftraggeber das Angebot annimmt oder dieser seine Leistung erbringt. Wird ohne Zutun des Täters das Angebot nicht angenommen oder die Leistung des Auftraggebers nicht erbracht, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Annahme des Angebots oder das Erbringen der Leistung zu verhindern."*

Folglich sieht § 168b StGB zwei Strafaufhebungsgründe vor, (i) das Verhindern der Auftragsannahme oder der Leistungserbringung und (ii) das ernsthafte Bemühen um die Verhinderung der ohnedies unterbliebenen Auftragsannahme oder Leistungserbringung.

Das Verhindern der Auftragsannahme oder der Leistungsannahme muss freiwillig³⁸⁷ geschehen, wobei die Art und Weise der Verhinderung keine Rolle spielt. Zu denken wäre etwa an einen Rücktritt vom Angebot oder die Informierung des Auftraggebers über die rechtswidrige Absprache.

Die zweite Variante, das ernsthafte Bemühen um die Verhinderung der ohnedies unterbliebenen Auftragsannahme oder Leistungserbringung, setzt in logischer Konsequenz voraus, dass der Täter keine Kenntnis vom Unterbleiben der Auftragsannahme oder der Leistungserbringung gehabt haben durfte, da ansonsten ein ernsthaftes Bemühen, kaum gegeben ist.³⁸⁸

³⁸⁷ Das Kriterium der Freiwilligkeit bestimmt sich nach § 16 StGB (Rücktritt vom Versuch), nach dem die Frage der Freiwilligkeit aus einer ex-ante Sicht des Täters zu beurteilen ist. Der Täter tritt dann freiwillig vom Versuch zurück, wenn er seiner Auffassung nach die Tat vollenden könnte, nach ursprünglich gefasstem Tatentschluss diesen Willen aber wieder aufgibt, wobei diese Aufgabe nicht auf physischen oder psychischen Zwang zurückzuführen sein darf, sondern vielmehr aus eigenem Antrieb erfolgen muss. Freiwilligkeit liegt hingegen dann nicht vor, wenn der Täter das Vorhaben aufgibt, weil er selbst die tatplanmäßigen Verwirklichungschancen als aussichtslos beurteilt (Siehe *Hager/Massauer in Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar, §§ 15, 16, Rz 127 ff).

³⁸⁸ Zu den Strafaufhebungsgründen siehe *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar, § 168b StGB, Rz 62 ff.

7. ERGEBNIS

Die kartellrechtliche Untersuchung hat ergeben, dass die Gründung von BIEGE oder ARGE³⁸⁹ grundsätzlich, und zwar auch ohne einen entsprechenden Vorsatz der Mitglieder der ARGE, einen Kartellrechtsverstoß darstellen kann. Sofern die kartellrechtliche Untersuchung ergibt, dass mit der Gründung der BIEGE oder ARGE eine Kartellrechtsverletzung verbunden ist, würde diese als Kernbeschränkung zu qualifizieren sein. Nur wenn die Zusammenarbeit "erforderlich" ist, liegt kein Kartellrechtsverstoß vor. Unter der Anforderlichkeit einer ARGE sind folgende Konstellationen zu verstehen:

- Die Mitglieder der ARGE sind ohne die Zusammenarbeit faktisch nicht in der Lage, ein Angebot abzugeben. In diesem Fall handelt es sich bei den Mitgliedern weder um aktuelle noch potenzielle Wettbewerber, weswegen eine Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich ausgeschlossen ist.
- Es handelt sich zwar bei den Mitgliedern der ARGE auf den ersten Blick um aktuelle oder potenzielle Wettbewerber, die das betreffende Produkt rein faktisch alleine produzieren bzw. die betreffende Leistung alleine erbringen können, jedoch liegen andere Gründe (etwa das Nichtvorliegen einer notwendigen Genehmigung oder das Fehlen von ausreichendem Fachpersonal oder technischen Einrichtungen) vor, weswegen die Mitglieder der ARGE nachweislich nicht in der Lage sind, das konkrete Projekt alleine auszuführen.³⁹⁰
- Die Mitglieder der ARGE können objektive, nachvollziehbare wirtschaftliche Gründe nachweisen, aufgrund derer die Zusammenarbeit unerlässlich ist.

³⁸⁹ In der Folge wird zwischen BIEGE und ARGE nicht unterschieden, sondern kurz von ARGE gesprochen.

³⁹⁰ In diesem Fall würde es sich bei den Mitgliedern der ARGE letztlich nicht um Wettbewerber handeln.

Aber auch wenn die ARGE im Sinne dieser Erläuterung erforderlich ist, kann ein Kartellrechtsverstoß dann verwirklicht sein, wenn es sich bei den Mitgliedern der ARGE um Unternehmen mit erheblicher Marktmacht handelt und die Zusammenarbeit zu Abschottungsproblemen gegenüber Dritten führt.

Die Kartellrechtswidrigkeit einer ARGE wirkt sich auch auf Vergabeverfahren aus, da der Auftraggeber nach § 68 Abs 1 BVergG 2006 verpflichtet ist, Unternehmer vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung gegen in deren Geschäftsführung tätige Personen hat (§ 68 Abs 1 Z 1 BVergG 2006) oder sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde (§ 68 Abs 1 Z 5 BVergG 2006). Eine rechtskräftige Verurteilung kann aber Folge einer kartellrechtswidrigen ARGE sein, weil aufgrund der Zusammenarbeit der Tatbestand von § 168b StGB erfüllt sein kann. § 68 Abs 1 Z 5 BVergG 2006, der auf eine "berufliche Verfehlung" abstellt, kann für den Auftraggeber außerdem die Verpflichtung schaffen, die betreffende kartellrechtswidrige ARGE auszuschneiden, auch wenn deren Mitglieder (noch) nicht verurteilt worden sind.

Darüber hinaus hat der Auftraggeber nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern auszuschneiden, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben. Unter solchen "gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden" sind jedenfalls Kartellrechtsverstöße zu zählen und damit auch kartellrechtswidrige ARGE. Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen des Kartellrechts und des Vergaberechts können jedoch auch solche ARGE zu einer Ausscheidung nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 führen, die nach österreichischem Kartellrecht als Bagatellkartell nicht verboten sind, aber dennoch aus dem vergaberechtlichen Blickwinkel den geforderten Parallelwettbewerb einschränken.

Auch bestimmte Formen der Mehrfachbeteiligung im Zusammenhang mit ARGE sind vergaberechtlich unzulässig, weil sie den Geheimwettbewerb gefährden können. Insbesondere stellt sich die gleichzeitige Beteiligung als Partner einer ARGE und als Einzelbieter problematisch dar. Allerdings kommt es darauf an, ob der betreffende Bieter tatsächlich in wesentliche Faktoren des Angebotes der ARGE, insbesondere die Preisgestaltung, Einblick nehmen konnte und daher der Geheimwettbewerb unterminiert wurde.

Vor Ausschluss oder Ausscheidung trifft den Auftraggeber die Pflicht, mit den betroffenen Bietern die Gründe für den möglichen Ausschluss bzw. die mögliche Ausscheidung zu erörtern. Nach § 73 Abs 2 BVergG 2006 ist der Auftraggeber darüber hinaus verpflichtet, bei seiner Abwägung selbstreinigende Maßnahmen des betreffenden Unternehmers berücksichtigen, worunter Maßnahmen zu verstehen sind, die geeignet sind, das nochmalige Setzen der betreffenden strafbaren Handlung bzw. Verfehlung zu verhindern. Kann der betreffende eine erfolgreiche Selbstreinigung darlegen und begründen, ist er nicht vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen bzw. auszuschneiden.

Die strafrechtliche Untersuchung hat gezeigt, dass den Mitgliedern einer kartellrechtswidrigen ARGE neben den kartellrechtlichen und vergaberechtlichen Sanktionen überdies eine strafrechtliche Verurteilung aufgrund der Verwirklichung des § 168b StGB (wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren) droht.

LITERATURVERZEICHNIS

1. *Ackermann*, Art 85 85 Abs 1 EGV und die rule of reason, Carl Heymanns, Köln, 1997.
2. *Barfuss/Wollmann/Tahedl*, Österreichisches Kartellrecht, Manz, Wien, 1996.
3. *Barner*, Die Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft, Dissertation, München, 1971.
4. *Bärwaldt*, § 17 Arbeitsgemeinschaft (ARGE), in *Müller* (Hrsg), Becksches Handbuch der Personengesellschaften², C.H. Beck, München, 2002.
5. *Beuthien*, Handelskooperationen und europäisches Wettbewerbsrecht, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1998.
6. *Beyeler*, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Schulthess, Zürich, 2004.
7. *Boesen*, Das neue Vergaberecht, Bundesanzeiger Verlag, Bonn, 1999.
8. *Bouffier*, Möglichkeiten der Intensivierung des internationalen Wettbewerbs um Bauleistungen in der BRD, Dissertation, Mainz, 1974.
9. *Brinker/Roninger/Punz/Vock*, Österreichisches Vergaberecht mit europarechtlichen Grundlagen kurz gefasst, Manz, Wien, 1999.
10. *Bronett*, Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht, Luchterhand, München, 2005.
11. *Buchardt*, Arge Kommentar⁴, Bauverlag, Gütersloh, 2006.

12. *Bundesvergabeamt*, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), Manz, Wien, 2003.
13. *Burkhardt*, Kartellrecht, C.H. Beck, München, 1995.
14. *Byok*, Kommentar zum Vergaberecht², Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2005.
15. *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002, 297.
16. *Christiansen*, Gemeinsame Beschaffung und Wettbewerb: Einkaufskooperationen im EG-Kartellrecht, Peter Lang Verlag, Wien, 2003.
17. *Ciresa*, Beihilfenkontrolle und Wettbewerbspolitik in der EG, Carl Heymanns Verlag, Wien, 1992.
18. *Deixler/Hübner*, Zivilverfahren, Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts⁵, LexisNexis ARD Orac, Wien, 2007.
19. *Denk/Steinbach*, Die vergaberechtliche Selbstreinigung, ZVB 2008, 133.
20. *Ditz*, Standpunkte zum Vergaberecht, Manz, Wien 2003.
21. *Eilmansberger/Holoubek*, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung von Angeboten einer Bietergemeinschaft in Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2.
22. *Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri*, Materielles Europarecht Lehrbuch mit Originalquellen, LexisNexis ARD Orac, Wien, 2005.
23. *Elsner*, Bundesvergabegesetz 2006, Manz, Wien, 2006.

24. *Elsner*, Vergaberecht, Linde Verlag, 1999.
25. *Elsner*, Wichtige Neurungen im Bundesvergabegesetz 2006, RFG 2006/3.
26. *Emmerich*, Kartellrecht⁹, C.H. Beck, München, 2001.
27. *Erdl*, Der neue Vergaberechtsschutz, Werner Verlag, Düsseldorf, 1999.
28. *Feil*, Gesellschaft nach bürgerlichem Recht im UGB, GesRZ 2006, VII.
29. *Feil*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit einer GesbR, GesRZ 2006, X.
30. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Springer, Aachen, 2005.
31. *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen: Praxishandbuch zur Auftragsvergabe nach dem neuen Bundesvergabegesetz 2006, Redline Wirtschaftsverlag, Innsbruck, 2006.
32. *Gast*, Das österreichische Vergaberecht, WUV, Wien, 2002.
33. *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴, Band 1, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1993.
34. *Gölles*, Eignung Bieter & Bewerber nach dem BVergG 2002, ZVB 2002/91.
35. *Gölles*, Mangelhafte Angebote – Verbesserbarkeit oder Ausscheiden?, ZVB 2003/93.
36. *Gölles*, Mehrfachbeteiligung eines Bieters – Ausschluss oder nicht?, ZVB 2005/77.

37. Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, Peter Lang Verlag, Frankfurt, 1999.
38. *Grasböck*, Die Bietergemeinschaft als Nachprüfungswerberin (Teil I), ZVB 2004/58.
39. *Grasböck*, Die Bietergemeinschaft als Nachprüfungswerberin (Teil II), ZVB 2004/68.
40. *Grasböck*, Zur Angebotsprüfung bei vergaberechtswidrigen Bietergemeinschaften, ZVB 2008/54.
41. *Greeve*, Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen, NStZ 2003/10.
42. *Groth/Schwarzmann*, Das neue Vergaberecht, Forum Verlag, Merching, 2006.
43. *Grüb*, Die Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft, Dissertation, München, 1958.
44. *Gruber/Gruber/Sachs*, Europäisches Vergaberecht, NWV, Graz, 2005.
45. *Gruber/Gruber/Sachs*, Public Procurement in the European Union, NWV, Graz, 2006.
46. *Gruber*, Arbeitsgemeinschaften nicht mehr kartellrechtsimmun – Grund zur Sorge?, ZVB 2004/2.
47. *Gruber*, Das Kartellgesetz 2005 im Überblick, GesRZ, 235.
48. *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht, Manz, Wien, 2008.
49. *Gruber*, Zum Entwurf des Kartellgesetzes 2005, RWZ 2005/20.

50. *Gruber/Keznickl*, Auswirkungen des KartG 2005 und des BVergG 2006 auf Arbeits- und Bietergemeinschaften, ZVB 2006/21.
51. *Grunicke/Fellner*, Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetznovelle 2005, RdW 2005/462.
52. *Haselberger*, Reflexwirkungen des europäischen Gesellschaftsrechtes, GesRZ 2004, 10.
53. *Heid/Hauck/K. Preslmayr in Preslmayr & Partner Rechtsanwälte/Heid* (Hrsg), Handbuch des Vergaberechts, LexisNexis ARD Orac, Wien, 2002.
54. *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht (2005)², LexisNexis ARD Orac, Wien, 2005.
55. *Heid/Schiefer*, Rechtsprechungsübersicht Bundesvergabeamt; ecolex 2002, 70.
56. *Heintschel-Heinegg* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Stand 1.02.2008.
57. *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht², C.H. Beck, München, 2003.
58. *Hofer*, Bundesvergabegesetz-Novelle 2007: Ein Streifzug, RPA 2007, 5.
59. *Hoffer*, Kartellgesetz Kommentar, LexisNexis ARD Orac, Wien 2007.
60. *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, LexisNexis ARD Orac, Wien, 2005.
61. *Hofmann*, Gesellschafterhaftung in der GesbR, Linde, Wien 2008.

62. *Holoubek/Klinke/Oberndorfer/Otruba/Pfanner*, Vergaberechtliche Steuerungsmöglichkeiten bei möglicherweise zu geringem Wettbewerb auf einem unvollkommenen Bau Teilmarkt (Teil I), ZVB 2004/57.
63. *Holoubek/Klinke/Oberndorfer/Otruba/Pfanner*, Vergaberechtliche Steuerungsmöglichkeiten bei möglicherweise zu geringem Wettbewerb auf einem unvollkommenen Bau Teilmarkt (Teil II), ZVB 2004/50.
64. *Holoubek/Fuchs*, Vergaberecht, Springer, Wien, 2005.
65. *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², Manz, Wien 2007.
66. *Immenga/Möschel/Reuter* (Hrsg), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Nomos, Baden-Baden, 1996.
67. *Immenga/Mestäcker* (Hrsg), Wettbewerbsrecht EG/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht⁴, C.H. Beck, München, 2007.
68. *Jacobs* (Hrsg), EC Competition Law⁴, Oxford University Press, New York, 2003.
69. *Jestaedt*, EU-Kartellrecht: ein Leitfaden für deutsche und österreichische Unternehmen, Signum, Wien, 1996.
70. *Jofer*, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts, Stämpfli, 2004.
71. *Karl*, EU-Wettbewerbspolitik unter Berücksichtigung des EWR-Abkommens 7, Wien, 1994.

72. *Karollus/Artmann*, Bietergemeinschaften im europäischen Kartellrecht, wbl 2001/453.
73. *Keidel*, Geplante Änderungen im österreichischen Kartellrechts durch den Entwurf für ein Kartellgesetz 2005, Dissertation, Wien, 2005.
74. *Kerschmann*, UVS NÖ 7.3.2002, Senat-AB-02-1003, 1004, RPA 2002, 220.
75. *Kerschner Ferdinand*, Bürgerliches Recht Band V Familienrecht² in *Apathy Peter* (Hrsg), Bürgerliches Recht, Springer, Wien, 2002.
76. *Kilian Wolfgang*, Europäisches Wirtschaftsrecht, C.H. Beck, München, 1996.
77. *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren, Carl Heymanns Verlag, 2005.
78. *Kletecka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹³, Band 1, Manz, Wien, 2006.
79. *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen –Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge -, Forum Vergabe, Berlin, 2000.
80. *Koenig/Kühling/Müller*, Marktfähigkeit, Arbeitsgemeinschaft und das Kartellverbot, WuW 2005, 126.
81. *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht - Kartellrecht, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, 2003.
82. *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht - Kartellrecht, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, 2003.

83. *Korinek*, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, *ecolex* 1999/523.
84. *Krejci* (Hrsg), Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, *Orac*, Wien, 1979.
85. *Krejci*, Gesellschaftsrecht, Band I: Allgemeiner Teil und Personengesellschaften, *Manz*, Wien, 2005.
86. *Kropik/Mille/Sachs*, Das Vergaberecht in Österreich², *WKO*, Wien, 2003.
87. *Kropik*, Der Subunternehmer im Vergabeverfahren, *ZVB* 2005, 38.
88. *Kruse/Stockmann/Vollmer* (Hrsg), Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, *Nomos*, Baden-Baden, 1997.
89. *Kühne/Straube*, Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (ARGE), *Orac*, Wien, 1990.
90. *Kurbos*, Baurecht in der Praxis⁴, *Ueberreuter*, Frankfurt, 2003.
91. *Lane*, EC Competition Law, *Pearson*, London, 2000
92. *Lange*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht², *Verlag Recht und Wirtschaft*, Frankfurt a.M., 2006.
93. *Langen/Bunte* (Hrsg), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹⁰, Band 1, *Luchterhand*, München, 2006.
94. *Langen/Bunte* (Hrsg), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹⁰, Band 2, *Luchterhand*, München, 2006.

95. *Latzenhofer*, Von Subunternehmern an einem Vergabeverfahren, ZVB 2001/44.
96. *Löffler*, Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung in Österreich, Orac, Wien, 1998.
97. *Loewenheim et al*, Kartellrecht, Band 1, C.H. Beck, München, 2005.
98. *Lurger*, Die strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen seit der KartGNov 2002, ecolex 2003, 109.
99. *Mäger* (Hrsg), Europäisches Kartellrecht, Nomos, Baden-Baden, 2006.
100. *Manquet*, Neuer § 168b StGB: Vom Kartellmissbrauch zu den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen im Vergabeverfahren, ZVB 2002, 217.
101. *Matauschek*, 4. Österreichische Vergaberechtstagung am 1. Februar 2006 in Wien, ZVB 2006/30.
102. *Mayer* (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, Manz, Wien 2006.
103. *Mayer*, Ziele und Grenzen des Kartellverbots im Recht der EG und der USA, Dissertation, Nomos, 2005.
104. *Meininger*, Die Mehrfachbeteiligung in Vergabeverfahren – Mögliche Fallkonstellationen und deren Folgen, BB 2006, 283.
105. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht², C.H. Beck, München, 2004.
106. *Migalk*, Praxis der Vergabe öffentlicher Bauaufträge unter besonderer Berücksichtigung mittelstandspolitischer Zielsetzungen, VergabeR 2006, 651.

107. Montag, Das neue EG-Kartellverfahrensrecht in der Praxis, MR-Int 2005, 2.
108. Motzke/Pietzcker/Prieß (Hrsg), Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A, C.H. Beck, München, 2001.
109. Müller, Kartellrechtliche Aspekte von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften im Vergaberecht, RPA 2004, 148.
110. Müller/Hoffmann, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften², C.H. Beck, München, 2002.
111. Mut, Vertikale Vertriebssysteme: Ein neuer Anlauf, RdW 2000/232.
112. Neßler, Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung? Stand und Perspektiven des Europäischen Gesellschaftsrechts, ZfRV 2000, 1.
113. Neumann, Wettbewerbspolitik Geschichte, Theorie und Praxis, Gabler Verlag, Wiesbaden, 2000
114. Oberndorfer/Wolkerstorfer, Der Bauvertrag aus ganzheitlicher Sicht, Manz, Wien, 2000.
115. Öhler/Schramm, Mehrfachbeteiligungen in Bietergemeinschaften, RdW 2001, 218.
116. Ohrtmann, Korruption im Vergaberecht – Konsequenzen und Prävention – Teil 2, Konsequenzen und Selbstreinigung, NZBau 2007, 50.
117. Opitz, Marktmacht und Bieterwettbewerb, Carl Heymanns Verlag, München, 2003.
118. Oppel, § 68 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 kann subsidiär zu § 68 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 herangezogen werden, ZVB 2008, 147.

119. *Pascher*, Nichtigkeit von Kartellvereinbarungen bei Verstoß gegen Art 81 EG, Dissertation, Wien, 2005.
120. *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), Kartellgesetz, Manz, Wien, 2007.
121. *Pörnig*, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – ein Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht verbindendes Konzept, Dissertation, Nomos, Berlin, 1999.
122. *Pretschker*, Wettbewerbspolitische Beurteilung der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen, Dissertation, Marburg, 1976.
123. *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts, Carls Heymanns Verlag, Köln, 2001.
124. *Prünster*, Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen nachweislicher Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung, ZVB 2007, 153.
125. *Raits/Ebner*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Produktionsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, wbl 2007, 109.
126. *Raschauer*, Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts², Manz, Wien, 2003.
127. *Raschauer/Wessely*, Besonderes Verwaltungsrecht⁴, WUV, 2001.
128. *Reich-Rohrwig/Zehetner*, Kartellrecht, Linde Verlag, Wien, 2000.
129. *Reich-Rohrwig*, Wesentliche Neurungen im Recht der Personengesellschaften nach dem UGB, ecolex 2006, 389.
130. *Reich-Rohrwig*, Wirtschaft im Wandel Zusammenarbeit ist gefragt, ecolex-Script 2002/23.

131. *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht, Linde Verlag, Wien, 2006.
132. *Riedler/Apathy*, Bürgerliches Recht Band III Schuldrecht, Besonderer Teil, in *Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht, Springer, Wien, 2002.
133. *Riese*, Vergaberecht, Springer, Wien, 1998.
134. *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1999.
135. *Rosbaud*, Das Kartellstrafrecht ist tot! Lang lebe das Kartellstrafrecht, JBl 2003, 907.
136. *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht Handels- und Gesellschaftsrecht², LexisNexis, Wien, 2006.
137. *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band², Manz, Wien, 1992.
138. *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, Manz, Wien, 2005.
139. *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006, Manz, Wien, 2005.
140. *Säcker* (Hrsg), Fallbuch Kartellrecht und Wettbewerbsrecht, Markenrecht, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2001.
141. *Scheinhammer*, Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen, Submissionsbetrug, Dissertation, Wien, 2002.
142. *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, C.F. Müller, Heidelberg, 2000.
143. *Schmidt*, Von der Kartellformlehre zum Kartellverbot, wbl 1990, 121.

144. *Schmidt/Schmidt*, Europäische Wettbewerbspolitik, Verlag Franz Vahlen, München, 1997.
145. *Schnelle/Bartosch/Hübner*, Das neue EU-Kartellverfahrensrecht Auswirkungen der Verordnung (EG) Nr 1/2003 auf die Kartellrechtspraxis, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 2004.
146. *Schramm/Aicher*, Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar, Springer, Wien, 2004.
147. *Schröter/Jakob/Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Nomos, Baden-Baden 2003.
148. *Schulz*, Wettbewerbspolitik: eine Einführung aus industrieökonomischer Perspektive, Mohr Siebeck, Würzburg 2003.
149. *Schwarz*, Bundesvergabegesetz Manz Kurzkommentar zum BVergG 2002, Manz, Wien, 2003.
150. *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis, Nomos, Baden-Baden, 2000.
151. *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar, Nomos, Baden-Baden, 2000.
152. *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts Die Verordnung (EG) Nr 1/2003, Nomos, Baden-Baden, 2004.
153. *Slotter/Johnston*, An Introduction to Competition Law, Hart Publishing, Portland, 2006.
154. *Steding*, Gesellschaftsrecht, Nomos, Baden-Baden, 1997.
155. *Steiner/Röblreiter/Windisch*, BVergG 2006, Verlag Österreich, Wien, 2006.

156. *Steiner*, Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, BMV, Berlin, 2002.
157. *Steiner/Windisch*, Einführung in das Vergaberecht, Verlag Österreich, Wien, 2004.
158. *Stifter*, Bewertung von Bietergemeinschaften nach dem Kartellgesetz 2005, bbl 2006/51.
159. *Straube/Aicher* (Hrsg), Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Manz, Wien, 2002.
160. *Streinz* (Hrsg), EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, C.H. Beck, München, 2003.
161. *Sturm*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht, NWV, Graz, 2003.
162. *Thierau/Messerschmidt*, Die Bau-ARGE – Teil 1: Grundstrukturen und Vertragsgestaltung, NZBau 2007, 129.
163. *Trautmann*, Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zu den Wettbewerbsregeln des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Dissertation, Mainz, 1970.
164. *Tremmel*, Die Kartellrechtsreform 2005, ÖBl 2005/38.
165. *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, LexisNexis ARD Orac, Salzburg, 2003.
166. *Tuhy*, Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaften, Diplomarbeit, London, 1996.

167. *Von der Groben/Thiesing/Ehlermann* (Hrsg), Kommentar zum EU-EG-Vertrag⁵, Band 1, Nomos, Baden-Baden, 1997.
168. *Von der Groeben/Schwarze*, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶, Band 2, Nomos, Baden-Baden, 2003.
169. *Waldner*, Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung europäischer Vorgaben, Nomos, Baden-Baden, 2000.
170. *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, C.H. Beck, München, 1999.
171. *Zäch*, Grundzüge des europäischen Wirtschaftsrechts², BMV, Berlin, 2005.
172. *Zeder*, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz "Unternehmensstrafrecht", NWV, Graz, 2006.

ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS

EuGH

- 3.3.2005, *Fabrimcom*, RS C-21/03 und C-34/03, Slg 2005, I-1559.
23.1.2003, *Makedoniko*, RS C-57/1, Slg 2003 S I-1091.
17.9.2002, *Concordia Bus*, RS C-513/99, Slg I-7213.
20.9.2001, *Courage/Crehan*, RS C-453/99, Slg 2001, I-6297.
7.12.2000, *Telaustria*, RS C-324/98, Slg 2000 I-10745.
28.04.1998, *Javico ua/YSLP*, RS C-306/96, Slg 1998, I-1983.
15.03.1996, *SPO*, RS C-137/95 P, Slg 1996, I-1611.
29.9.1988, *Ahlström ua*, RS C 89/85, Slg 1983, 5233.
9.11.1983, *Michélin*, RS 322/81, Slg 1983, 3461.
11.12.1980, *L'Oréal*, RS 31/80, Slg 1980, 3775.
13.2.1979, *Hoffmann La Roche*, RS 85/76, Slg 1979, 461
14.2.1978, *United Brands*, RS 27/76, Slg 1978, 207.
1.2.1978, *Miller International*, RS 19/77, Slg 1978, 131.
25.10.1977, *Metro/Saba I*, RS 26/76, Slg 1977, 1875.
16.12.1975, *Zucker*, Verbundene RS 40 - 48, 50, 54 - 56, 111, 113, 114-73, Slg 1975, 1663.
21.2.1973, *Continental Can/Kommission*, RS 6/72, Slg 1973, 215.
6.2.1973, *Brasserie de Haecht*, RS 28-72, Slg 1973, 77.
17.10.1972, *Vereinigung van Cementhandelaren*, RS 8/72, Slg 1972, 977.
25.11.1971, *Beguélin Import Co*, RS 22-71, Slg 1971, 949.

EuG

- 8.2.2002, *Métropole télévision (M6) ua*, RS T 112-99, Slg 2001, II-2459.
12.12.2000, *Aéroports de Paris*, RS T-128/98, Slg, 2000, II- 3929.
23.2.1994, *CB*, T-39/92 und T-40/92, Slg 1994 II, 49.
24.10.1991, *Petrofina SA gegen Kommission*, RS T-2/89, Slg 1991, II-1087.

KOMMISSION

- 14.9.1999, *GEAE/P & W*, ABl 2000 L 58/16.
27.7.1999, *Télécom Développement*, ABl 1999 L 218/24.
20.5.1999, *Cégétel+4*, ABl 1999 L 218/14.

18.12.1996, *Iridium*, ABl 1997 L 16/17.
15.12.1994, *IPSP*, ABl 1994 L 354/75.
27.07.1994, *BT/MCI*, ABl 1994 L 223/36.
27.07.1990, *ECR 900*, ABl 1990 L 228/31.
13.07.1990, *Elopak/Metal Box – Odin*, ABl 199 L 209/15.
24.10.1988, *Eurotunnel*, ABl 1988 L 311/36.
2.1.1973, *Europäische Zuckerindustrie*, ABl 1973 Nr L 140/17.

VFGH

21.6.2004, B 531/02.
22.09.2003, B 1725/01.
24.06.1998, G 462/97.

OGH

21.03.2007, 16 Ok 12/06.
26.6.2006, 16 Ok 51/05.
20.12.2004, 16 Ok 19/04.
14.6.2004, 16 Ok 5/04.
16.12.2002, 16 Ok 14/02.
15.10.2002, 4 Ob 201/02s.
22.2.2001, 6 Ob 322/00x.
20.8.1998, 10 Ob 212/98v.
13.08.1998, 2 Ob 197/98d.
12.8.1998, 4 Ob 188/98w.
09.12.1996, 16Ok1/95.
25.10.1996, 1 Ob 2362/96a.
9.12.1996, 16 Ok 1/95.

OLG

5.9.2005, 25 Kt 183, 184/04.
29.11.1999, 26 Kt 71/98.
9.7.2001, 29 Kt 456/99-31.

BVA

16.4.2008, N/0028-BVA/08/2008-81.

BVA 2.05.2007, N/0024-BVA/15/2007-33.
29.03.2004, 15N-06/04-29.
2.10.2001, N-80/01-19.
6.6.2001, N-17/00-40.
19.3.2001, N-12/01-32, N-16/01-23, N-17/01-21.

UVS

UVS NÖ 7.03.2002, Senat AB-02 – 1004.

VKS WIEN

18.10.2007, VKS-4093/07.
8.10.2007, VKS – 4093/07.
29.07.2005, VKS-2203/05
9.6.2005, VKS-1736/05.
31.3.2005, VKS-884/05.

DEUTSCHE ENTSCHEIDUNGEN

BGH 13.12.2002, 1 StR 366/02.
BGH 13.12.1983, KRB 3/83.
OLG Düsseldorf 28.5.2003, Verg 8/03.
OLG Düsseldorf 09.04.2003, Verg 66/02.
OLG Düsseldorf 7.11.2001, U 13/00.
OLG Frankfurt vom 20.07.2004, 11 Verg 6/04.
VK Nordbayern, 5.06.2003, 320, VK-3194 – 16/03.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit BIEGE und ARGE des Baugewerbes. Unter dem vergaberechtlichen Begriff der BIEGE ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes in einem Vergabeverfahren zu verstehen. Bei einer ARGE handelt es sich um einen Zusammenschluss mehrerer natürlicher oder juristischer Personen, die einen gemeinsamen Zweck, in diesem Zusammenhang die Verrichtung der gegenüber dem Auftraggeber geschuldeten Leistung, verfolgen. Im vergaberechtlichen Kontext handelt es sich bei der BIEGE um die Vorstufe zur ARGE.

Die vorliegende Arbeit geht der Frage nach, wann mit der Gründung von BIEGE und ARGE in Vergabeverfahren eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkungen verbunden ist und welche Auswirkungen sich aufgrund von kartellrechtswidrigen BIEGE und ARGE in Vergabeverfahren ergeben.

Die kartellrechtliche Untersuchung hat ergeben, dass sofern die Mitglieder der BIEGE oder ARGE faktisch oder aufgrund anderer Gründe (etwa mangels erforderlicher Genehmigung) nicht in der Lage sind, jeweils alleine ein Angebot abgeben zu können oder wenn objektiv nachvollziehbare wirtschaftliche Gründe die gemeinsame Angebotslegung erforderlich machen, die BIEGE oder ARGE grundsätzlich nicht als Kartellverstoß zu werten ist. Allerdings kann auch wenn die Zusammenarbeit aus oben genannten Gründen erforderlich ist, ein Kartellrechtsverstoß vorliegen, und zwar wenn es sich bei den Mitgliedern der BIEGE oder ARGE um Unternehmen mit erheblicher Marktmacht handelt und die Zusammenarbeit zu Abschottungsproblemen gegenüber Dritten führt.

Eine kartellrechtswidrige BIEGE oder ARGE kann in Vergabeverfahren zu einem Ausschluss des Angebots oder einem Ausscheiden der BIEGE oder ARGE als solche führen, sofern die Mitglieder keine selbstreinigenden Maßnahmen, also Maßnahmen, die geeignet sind, das nochmalige Setzen der betreffenden Zuwiderhandlung auszuschließen, getroffen haben.

Darüber hinaus kann die kartellrechtswidrige Gründung einer ARGE den Submissionstatbestand des § 168b StGB erfüllen.

ABSTRACT

This thesis focuses on bidding consortia (*Bietergemeinschaften*) and performing consortia (*Arbeitsgemeinschaften*) of the building industry. The term bidding consortia means the cooperation of natural persons and/or legal entities in order to jointly file a tender. A performing consortium can be defined as an association of natural persons and/or legal entities who pursue a common aim, in particular the execution of an order. In the context of tender procedures, bidding consortia can be described as a pre-stage of performing consortia.

The question under which preconditions the establishment of bidding or performing consortia may raise competitive concerns is the central question of this analysis. In addition, the consequences of bidding or executing consortia whose establishment constitute a violation of Art 81 (1) of the EC Treaty and the corresponding Austrian provision on tender procedures are being discussed and analysed.

The competitive analysis showed that if the members of bidding or performing consortia are in fact not able to file a tender individually, or if the cooperation was necessary due to objective economic or other reasons (such as for lack of the required license), the cooperation does, in principle, not violate Art 81 (1) of the EC Treaty and the corresponding Austrian provision. However, if the members of the bidding and/or performing consortium are companies with considerable market power and the cooperation leads to problematic foreclosure effects, the establishment of the bidding or performing consortium may still infringe Art 81 (1) of the EC-Treaty.

If the establishment of the bidding or performing consortium infringes Art 81 (1) of the EC Treaty, the contracting authority is obliged to exclude the bidder from the further tender procedure, unless the bidder has not successfully demonstrated selfcleaning measures (*selbstreinigende Maßnahmen*) which are adequate and sufficient to prevent further contraventions.

It has to be pointed out that bidding and performing consortia infringing Art 81 (1) of the EC Treaty or the Austrian cartel ban may also constitute an infringement of section 168b of the Austrian Criminal Code (anticompetitive agreements within public procurement procedures).

LEBENS LAUF

AUSBILDUNG

Seit 05/06	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
04/07	Forschungsaufenthalte an der University of Cambridge und der Université de Paris I und II (Forschungsstipendium der Universität Wien)
10/02 - 05/06	Studium der Rechtswissenschaften, Universität Wien
10/01 – 06/02	Studium der Handelswissenschaften, Wirtschaftsuniversität Wien
02/00 – 06/01	Sophie-Barat-Schule, Hamburg, Deutschland (Abitur am 22. Juni 2001)
12/98 – 01/00	Evangelisches Gymnasium, Siegen, Deutschland
08/98 – 12/98	Lycée Joffre, Montpellier, Frankreich

PRAKTISCHE ERFAHRUNGEN

Seit 05/07	Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Wien Rechtsanwaltsanwärtlerin in den Bereichen Kartell- und Vergaberecht
08/06 – 04/07	Oberlandesgericht Wien Gerichtsjahr, Zuteilungen am Bezirksgericht Döbling sowie am Handels- und Kartellgericht Wien
06/06 – 07/06	Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Wien Juristisches Praktikum
02/04 – 04/04	International Press Institute, Wien Recherche von Pressefreiheitsverletzungen im mittleren Osten und Nordafrika sowie Verfassen von Artikel für den World Press Freedom Review 2003 (Praktikum)
09/03 – 04/07	LexisNexis ARD Orac, Wien Trainerin für Rechtsdatenbanken (juristische Grundlagen und Suchoptimierung)
08/03 – 09/03	Amerikanisches Generalkonsulat, U.S. Commercial Service, Düsseldorf, Deutschland Betreuung amerikanischer Kunden beim Markteintritt in Deutschland, (Praktikum)
11/02 – 08/03	VIMUN 03 (Vienna International Model United Nations), Wien Chair für die Commission on Human Rights

PUBLIKATIONEN

"Schadenersatz wegen Kartellrechtsverstößen – Das Weißbuch der Kommission und die Rechtslage in Österreich", gemeinsam mit *Reidlinger*, MR 2008, 205.

"Ein neues Vergleichsverfahren in Kartellsachen (Settlement Procedure)", gemeinsam mit *Kühnert*, ecolex 2008, 441.

"Die vergaberechtliche Selbstreinigung", gemeinsam mit *Denk*, ZVB 2008, 133.