

**Seminar der 62. Betontage
am 21.02.2018 in Ulm**

Liefergemeinschaften bei Betonbauteilen

**Kollegiale Hilfe
oder kartellrechtliche Falle?**

Referent:

Rechtsanwalt Dr. habil. Ralf Müller-Feldhammer LL.M.

Einzelne Programmpunkte

1. Grundsätze der Zulässigkeit von Liefergemeinschaften
 - 1.1 Praxisbeispiel für eine Kollegenlieferung / Liefergemeinschaft in der Fertigteile-Industrie
 - 1.2 Das Kartellverbot und seine Bedeutung für Liefergemeinschaften
 - 1.3. Lösung Praxisbeispiel

Einzelne Programmpunkte

- 2. Die Liefergemeinschaft in der Praxis**
 - 2.1 Liefergemeinschaften in der Ausschreibung**
 - 2.2 Dokumentationsanforderungen**

1.1. Praxisbeispiel

Neben Doppelwandhersteller A mit einer Werkskapazität von 50.000 qm hat Konkurrent B ein Werk mit 25.000 qm Kapazität gekauft. A liefert bereits Doppelwände im Auftrag und für Rechnung von B an Kunden und Baustellen von B. B, der beabsichtigt, einen Auftrag von 10.000 qm anzunehmen, möchte A zur Freihaltung seiner Kapazitäten für Stammkunden und weitere Aufträge in der selben Weise an seinen Aufträgen beteiligen. **Stellt diese Beteiligung eine Liefergemeinschaft dar? Ist die Vereinbarung kartellrechtlich zulässig?**

1.1. Praxisbeispiel

Kollegenlieferung?

- **X gewinnt Ausschreibung oder nimmt einen Auftrag an**
- **Zur Abfederung von Lieferrisiken oder Freihaltung von Kapazitäten kauft X bei Wettbewerber Y Liefermengen ein, die dieser entweder an das Werk von X oder direkt an dessen Baustellen liefert**
- **=>Lieferrisiko bleibt bei X: Kein Vertragsverhältnis zwischen Y und Auftraggeber**

1.1. Praxisbeispiel

X+Y

= Bietergemeinschaft/Arbeitsgemeinschaft?



= im Regelfall **BGB-Gesellschaft**

- => primär verpflichtet gegenüber AG ist die Gesellschaft
- => Gesellschafter haften unbeschränkt und können anstelle der Gesellschaft voll in Anspruch genommen werden
- => im Innenverhältnis sind die Gesellschafter mangels abweichender Regelung zu gleichen Teilen verpflichtet

1.1. Praxisbeispiel

X+Y

= Liefergemeinschaft



Bündelung der Angebots-Faktoren:

- **Preise**
- **sonstige Konditionen**
- **Interne Bestimmung von Mengen oder Anteilen**
- **Die Liefergemeinschaft bietet an => kein eigenes Angebot der beteiligten Unternehmen**

1.2. Kartellverbot

- **Liefergemeinschaft** als Ausnahme vom Kartellverbot:
 - Gesetzliche Ausnahmen: z.B. Mittelstandskartell
 - Ungeschriebene Ausnahmen: z.B. Kooperationen unterhalb der Schwelle der kartellrechtlichen **Spürbarkeit**
 - Daher Bieter- und Liefergemeinschaft zulässig wenn keines der Unternehmen **allein leistungsfähig** ist, die Zusammenarbeit **wirtschaftlich zweckmäßig** ist und durch die Kooperation ein **zusätzliches Angebot** erbracht werden kann [so BKartA]

1.2. Kartellverbot

Rechtsprechung:

- **Marktverhältnisse** dürfen nicht **spürbar beeinflusst** werden; Liefergemeinschaft von Unternehmen, die den Auftrag **selbständig** wahrnehmen können, kann daher zulässig sein
- Keine Spürbarkeit, wenn keines der an der Liefergemeinschaft beteiligten Unternehmen den Auftrag selbständig wahrgenommen hätte, weil Wahrnehmung [Gebot] nicht **zweckmäßig** und kaufmännisch nicht **vernünftig** wäre

1.2. Kartellverbot

➤ Giftliste des BKartA:

- Keine **Dauer-** oder **Standard**liefergemeinschaften [=>u.U. Hardcorekartell]
- Keine **Koppelung** zeitgleich oder zeitnah ausgeschriebener Aufträge
- Keine Aufzählung **abstrakter Gründe** zur Eingehung der Liefergemeinschaft
- Freihaltung von **Kapazitäten** und Begründung von **Reservekapazitäten** allein genügt nicht

1.2. Kartellverbot

➤ Giftliste des BKartA:

- **Bündelung** selbständiger Angebote zur Erzielung höherer Vergütung beseitigt nicht Wettbewerbsbeschränkung
- **Terminliche Risiken**, insbesondere Stillstands Kosten bei Ausfall des eigenen Werkes sind einzupreisen
- Auch das Verlangen eines **Ersatzlieferwerks** durch den Auftraggeber rechtfertigt nicht per se die Eingehung einer Liefergemeinschaft
- Maßstab wirtschaftlicher **Zweckmäßigkeit** ist ein wettbewerblicher Markt [Risiken sind „einzupreisen“]

1.3. Lösung Praxisbeispiel

- Vereinbarung A + B als Kollegenlieferung:
 - => **Parallele Kollegenlieferungen** [sog. Swap Geschäfte] grundsätzlich zulässig; Einschränkungen im Hinblick auf gegenseitige Informationen [**Geheimwettbewerb**] sind zu beachten
 - Direktbelieferung von Kunden und Baustellen des A durch B erscheint problematisch im Hinblick auf den Geheimwettbewerb
 - Liefergemeinschaft wäre daher vorzugswürdig: Von vornherein auf gemeinsame Belieferung ausgerichtet

1.3. Lösung Praxisbeispiel

- Zulässigkeit einer Liefergemeinschaft:
 - **Rechtsprechung:** Liefergemeinschaft A + B zulässig, wenn B darlegen kann, dass er den Auftrag von 10.000 qm alleine nicht annehmen würde, weil er Stammkunden verlieren wird oder potentielle weitere Aufträge nicht mehr bedienen kann
 - **BKartA:** Liefergemeinschaft A + B unzulässig, weil A den Auftrag allein wahrnehmen kann; Offenhaltung von Kapazitäten reicht als Begründung nicht aus

1.3. Lösung Praxisbeispiel

Achtung: Prüfung, ob eine Liefergemeinschaft sinnvoll und zulässig ist, setzt bereits Austausch über Wettbewerbsparameter voraus

[= **potentieller Wettbewerbsverstoß**]

Grundsatz: Informationsaustausch zur Realisierung eines kartellrechtlich zulässigen Vorhabens ist zulässig



1.1. Praxisbeispiel

- Aber:** Nicht zulässig ist „**überschießender**“
Informationsaustausch => Einzelfallbezug:
Kein Austausch über Markt- oder Angebots-
strategie der beteiligten Unternehmen
- BKartA:** Kollegenlieferung durch ein Ersatzlieferwerk
setzt selbständig kalkulierte Angebote von
Haupt- und Ersatzlieferwerk voraus



2.1. Bietergemeinschaft i. d. Ausschreibung

- In der Ausschreibung gilt der **Wettbewerbsgrundsatz**:
 - Angebote von Bietern, welche in Bezug auf die Ausschreibung eine Abrede getroffen haben, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, sind auszuschließen [§ 16 Abs. 1 Ziff. 5 VOB/A]
 - Ausschluss daher bei kartellrechtlich unzulässiger Bietergemeinschaft; bedenklich auch eigenes Gebot von Mitgliedern einer Bietergemeinschaft [**Geheimwettbewerb**]

2.2. Dokumentationsanforderungen

Die Zulässigkeit der Liefergemeinschaft sollte dokumentiert werden:

- Anforderung des Bundeskartellamtes:
Dokumentation der Freistellung vom Kartellverbot in einer **Selbsteinschätzung**
- Praxisempfehlung: Verwendung einer Checkliste von Zulässigkeitskriterien