

Die Bildung einer Bieter- und Arbeitsgemeinschaft

Gerrit G. Garbrecht
Rechtsanwalt
Bielefeld, Deutschland



Die Bildung einer Bieter- und Arbeitsgemeinschaft

1. Vorüberlegungen

Stauffacher: Verbunden werden auch die Schwachen mächtig.

Tell: Der Starke ist am mächtigsten allein.

Schiller, Wilhelm Tell

Allein oder gemeinsam? Diese Frage stellt sich nicht nur politisch, sondern auch bei der Durchführung von Bauvorhaben. Die Spezialisierung der Bauunternehmen und die zunehmende Komplexität von Baumassnahmen hat dazu geführt, dass auch grössere Baufirmen nicht immer über die erforderlichen Kapazitäten und das notwendige Know how verfügen, um die geforderten Bauleistungen allein auszuführen. Um den Anforderungen des Baumarktes zu genügen, schliessen sich Baufirmen zusammen. Sie bilden zeitlich befristet auf vertraglicher Grundlage eine sog. Bietergemeinschaft und im Auftragsfall eine sog. Arbeitsgemeinschaft (ARGE). Darunter versteht man «eine Mehrzahl von Fachunternehmen, die gemeinschaftlich ein Angebot einreichen mit dem Ziel, einen bestimmten Auftrag zu erhalten und dann gemeinsam auszuführen».

Die Chancen einer Bietergemeinschaft/ARGE gegenüber einer Alleindurchführung sind vielfältig:

- (1) Verteilung von Risiken und Haftung auf mehrere Firmen
- (2) Verbesserung der Leistungsfähigkeit durch Synergieeffekte
- (3) Erprobung neuer Aufgabenfelder durch Eignungsleihe
- (4) flexibler Einsatz der personellen und maschinellen Kapazitäten
- (5) keine Ausweitung personeller Kapazitäten
- (6) Verkürzung von Bauzeiten

Sie sind gegen die Risiken abzuwägen:

- (1) gesamtschuldnerische Haftung
- (2) zusätzlicher Verwaltungs- und Koordinierungsaufwand

2. Zulässigkeit der Bietergemeinschaft

Der Zusammenschluss mehrerer Bauunternehmen mit dem Ziel, gemeinsam ein Bauvorhaben durchzuführen, ist unter rechtlichen Gesichtspunkten nicht ganz unproblematisch. Gem. § 1 GWB sind «Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten».

Es gibt gewichtige Stimmen in der Rechtsprechung (OLG Düsseldorf 17.02.2014 Verg 2/14), die eng am Gesetzeswortlaut orientiert in der Verabredung einer Bietergemeinschaft eine Verfälschung des Wettbewerbs sehen; statt zwei oder mehrerer Bieter stehe nur ein Bieter zur Verfügung. Dies sei für einen geordneten Wettbewerb insbesondere dann schädlich, wenn die Unternehmer auf dem gleichen räumlichen Markt tätig sind und selbst über ausreichende Kapazitäten verfügen.

Dieser engen Auslegung ist die Mehrzahl der Oberlandesgerichte entgegengetreten (OLG Karlsruhe vom 05.11.2014 15 Verg 6/14). Sie setzen Bietergemeinschaften grundsätzlich Einzelbietern gleich. «Allein die Tatsache, dass sich potenzielle Wettbewerber zu Bietergemeinschaften zusammenschliessen und sich aufgrund dessen keine Konkurrenz machen, führt nicht automatisch dazu, dass die entsprechende Abrede rechtswidrig ist» (OLG Saarbrücken vom 27.06.2016 1 Verg 2/16). Auch aus dem Umstand, dass ein Unternehmen über die Kapazitäten verfüge, um den Auftrag allein auszuführen, könne die Unwirksamkeit nicht abgeleitet werden. Eigene Kapazitäten, die in anderen Bauvorhaben gebunden seien, brauchten nicht aufgelöst und z.B. durch Nachunternehmer ersetzt zu werden. Erst wenn die Marktverhältnisse spürbar beeinflusst werden, kann eine Bietergemeinschaft unzulässig sein.

Auch untergesetzliche Regelungen in der Vergabeverordnung (VgV) und in der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) gehen von der grundsätzlichen Gleichbehandlung von Bietergemeinschaften und Einzelbewerbern aus und tragen den Besonderheiten des Baumarktes (fehlende Verstetigung der Baunachfrage/Witterungsabhängigkeit/«blinder» Wettbewerb) Rechnung. In § 6 Abs. 2 VOB/A heisst es, dass Bietergemeinschaften Einzelbieter gleichzusetzen sind, wenn sie die Arbeiten im eigenen Betrieb oder in den Betrieben der Mitglieder ausführen. Würde die Verabredung zur gemeinsamen Leistungserbringung eine rechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung bedeuten, machten die Normen keinen Sinn.

Entscheidend für die Zulässigkeit sind die Umstände des jeweiligen Einzelfalles. Die Vergabestelle kann in begründeten Ausnahmefällen bei der Bietergemeinschaft nach den Gründen für das gemeinsamen Angebot nachfragen. Auf Seiten der Bietergemeinschaft könnte sich empfehlen, sich auch unaufgefordert zu den Gründen des gemeinsamen Anbietens zu erklären und im Anschreiben auf die «kaufmännische und wirtschaftliche Zweckmässigkeit» hinzuweisen.

3. Inhalt des Bietergemeinschaftsvertrages

Der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft erfolgt regelmässig nach den Regelungen des Gesellschaftsrechts des BGB (§§ 705 ff BGB). Danach verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Ein wesentliches Merkmal der Gesellschaft bürgerlichen Rechts besteht darin, dass jeder Gesellschafter im Aussenverhältnis Dritten gegenüber gesamtschuldnerisch haftet; er haftet dem Auftraggeber «auf das Ganze». D.h., fällt ein Gesellschafter aus, stehen der/die verbliebenen Gesellschafter in der Verantwortung. Im Innenverhältnis bestimmen die vertraglichen Vereinbarungen die Rechte und Pflichten der Gesellschafter. Grundsätzlich besteht Formfreiheit. Angesichts der Grössenordnung und des Umfangs der Verpflichtungen sollte aber unbedingt eine schriftliche Fixierung gewählt werden.

3.1. Präambel

In einer Präambel sind die Gesellschafter aufzuführen; darin sollte der Zweck des Zusammenschlusses dargestellt sein. Eine detaillierte Aufzählung der zukünftigen Zusammenarbeit ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht zwingend erforderlich.

3.2. Form der Zusammenarbeit

Die zu geschuldete Werkleistung ist zwar von allen Gesellschaftern gesamtschuldnerisch zu erbringen. Die Verabredung einer Bietergemeinschaft/ARGE dient aber gerade dazu, die tatsächliche Leistungserbringung auf mehrere Schultern zu verteilen. Dazu sind Regelungen über die Beteiligungsverhältnisse und die Beistellungsverpflichtungen festzulegen. Es sind im Wesentlichen zwei Formen möglich:

- (1) in Form einer sog. «Normal»- oder Beistell-ARGE
- (2) in Form einer sog. «Los»- oder Dach-ARGE.

(1) Bei einer Normal-ARGE erfolgt die Bauausführung gemeinsam durch die beteiligten Bauunternehmen. Die Beistellung von Personal/Stoffen/Geräten wird regelmässig in einem prozentualen Beteiligungsverhältnis geregelt; ebenso die Aufteilung der bei der ARGE anfallenden weiteren Kosten (Transporte/Mieten/Käufe/externe Arbeitnehmer). Zu klären ist, ob die Mitarbeiter des jeweiligen Gesellschafters zur ARGE freigestellt oder nur abgeordnet werden. Im ersteren Fall übernimmt die ARGE alle Arbeitgeberfunktionen für alle freigestellten Arbeitnehmer; die Arbeitsverhältnisse zum Stammbetrieb ruhen. Umfassende Regelungen finden sich dazu in § 9 des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe. Im Fall der Abordnung bleibt das Arbeitsverhältnis zum Stammbetrieb bestehen. Hier hält sich der bürokratische Aufwand in Grenzen.

Einigkeit ist auch darüber zu erzielen, wer die Angebotsbearbeitung übernimmt und die Angebotskalkulation erstellt: welcher Kalkulationslohn, welche BGK, AGK und Verrechnungssätze für Beistellungen sind in Ansatz zu bringen; wie soll Wagnis und Gewinn kalkuliert werden?

(2) Als Alternative zur Normal-ARGE kann die Durchführung in der sog. Los-/Dach-ARGE erfolgen. Auch bei dieser gilt die gesamtschuldnerische Haftung. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass bereits die vom Auftraggeber geforderte Leistung in verschiedene Lose aufgeteilt ist bzw. ohne Probleme den einzelnen Gesellschaftern übertragen werden kann. Diese erfüllen ihre gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen nicht in einer Quote an der Gesamtleistung, sondern dadurch, dass sie das ihnen zugeteilte oder von Ihnen übernommene Los selbstständig und in eigener Verantwortung abarbeiten. Sie sind praktisch Nachunternehmer der Los-/Dach-ARGE. Die eigenverantwortliche Durchführung macht Regelungen zur gemeinsamen Kalkulation, zur Beistellung von Personal/Stoffen/Geräten und zur Bauleitung entbehrlich. Die eingesetzten Mitarbeiter bleiben Mitarbeiter des jeweiligen Gesellschafters.

3.3. Geschäftsführung der Bietergemeinschaft

Die Geschäftsführung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts steht gem. § 709 BGB allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Rechtsgeschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Die konsequente Anwendung des Einstimmigkeitsprinzips würde zu erheblichen bürokratischen Hemmnissen führen. Es sind deshalb Regelungen dazu zu treffen, wer die Bietergemeinschaft nach aussen vertritt und sie mit Wirkung für die anderen Gesellschafter verpflichten kann. Anders als für die ARGE (s.u.) ist hier eine Zweiteilung der Zuständigkeiten in eine kaufmännische und eine technische Geschäftsführung weder sinnvoll noch angezeigt.

Die Bestimmung eines Geschäftsführers ist nicht nur eine Frage der Zweckmäßigkeit. Sie wird von öffentlichen Auftraggebern ausdrücklich gefordert. In § 53 IX VgV haben Bietergemeinschaften (a) alle Mitglieder sowie (b) eines ihrer Mitglieder als bevollmächtigten Vertreter anzugeben. Sie schafft klare Zuständigkeiten und ist zudem geeignet, im Rechtsverkehr missverständliche und widersprüchliche Erklärungen zu minimieren.

3.4. Beendigung der Bietergemeinschaft

Gem. § 726 BGB endet eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wenn der vereinbarte Zweck erreicht worden ist oder nicht mehr erreicht werden kann.

(1) Zweck einer Bietergemeinschaft ist die Erlangung und gemeinsame Durchführung eines Bauauftrages. Wird auf das Angebot der Zuschlag erteilt, ist der Zweck erreicht. Aus der Bietergemeinschaft wird praktisch eine ARGE; rechtlich bedarf es dazu noch eines gesonderten ARGE-Vertrages (s.u.).

(2) Ein Ausschreibungsverfahren wird nicht nur durch Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot abgeschlossen. Die Beendigung kann auch durch eine Aufhebung der Ausschreibung gem. §§ 17 VOB/A, 17 EU VOB/A erfolgen. Ist die Aufhebung zulässigerweise erfolgt, ist eine Auftragserteilung nicht mehr möglich. Der Zweck der Bietergemeinschaft, den Auftrag gemeinschaftlich auszuführen, ist entfallen.

Es sind Fallgestaltungen denkbar, in denen die Entscheidung der Vergabestelle auf dem Rechtsweg überprüft werden kann; z.B., wenn im sog. Oberschwellenbereich die Information der Bieter gem. §§ 134, 135 GWB unterblieben ist oder im sog. Unterschwellenbereich die Aufhebung der Ausschreibung ohne Vorliegen eines Sachgrundes erfolgt ist. In Fällen, in denen bei ordnungsgemäßer Durchführung des Verfahrens der Zuschlag auf das Angebot des übergangenen Bieters hätte erteilt werden müssen, können diesen Schadensersatzansprüche zustehen.

Für den Zeitraum der rechtlichen Auseinandersetzung muss die Bietergemeinschaft weiter bestehen.

3.5. Kosten

Die Bearbeitung eines Angebots verursacht mitunter nicht unerheblichen Aufwand; das sind insbes. die Personalkosten für den Kalkulator, ggfls. auch Reisekosten. Da eine Kostenerstattung der Angebotsbearbeitung durch den öffentlichen Auftraggeber nicht stattfindet, § 8 b I VOB/A, sollte darüber zwischen den Gesellschaftern eine Regelung getroffen werden.

4. Arbeitsgemeinschaftsvertrag

Für den Fall, dass das Angebot der Bietergemeinschaft den Zuschlag erhält, ist diese durch Zweckerreichung beendet (s.o.). Die in der Bietergemeinschaft vertretenen Unternehmen sind verpflichtet, eine ARGE zu bilden. Dazu haben sie sich nicht nur im Bietergemeinschafts-Vertrag verpflichtet; auch bestimmt der öffentliche Auftraggeber, der die Rechtsform der ausführenden Unternehmen üblicherweise nicht vorgeben darf, für die hier vorliegende Fallkonstellation in seinen Bewerbungsbedingungen, dass die Rechtsform der ARGE zu wählen ist (§ 43 III VgV).

Spätestens jetzt haben die Unternehmen umfassende Vereinbarungen über die Art der gemeinsamen Durchführung, zum Zweck, zu den Organen, zu den Beistellpflichten, zur Kostentragung und zur Beendigung zu treffen.

4.1. Konstituierung und Zweck

Zu den konstituierenden Regelungen gehören Angaben zu den Firmen der Gesellschafter sowie Namen, Sitz und Zweck der ARGE. Es sind die Beteiligungsverhältnisse bzw. die Form der Zusammenarbeit festzulegen (Normal-ARGE/Los-ARGE).

4.2. Organe der ARGE

Organe einer ARGE sind neben der Gesellschafterversammlung die technische und die kaufmännische Geschäftsführung sowie die Bauleitung.

(1) Die Gesellschafterversammlung ist wie bei jeder Gesellschaft das oberste Organ. Hier werden die Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung getroffen. Das Einstimmigkeitsprinzip ist die Regel.

(2) Die Übertragung der Vertretungsbefugnisse, der Zuständigkeiten und der konkreten Aufgaben ist Sache der Gesellschafter und der vertraglichen Gestaltung. Regelmässig vertritt die technische Geschäftsführung die ARGE gegenüber dem Auftraggeber. Sie bearbeitet z.B. die Angebote/Nachträge/Abschlags- und Schlusszahlungen, beauftragt die SIGEKO/den Umweltbeauftragten/die Nachunternehmer. Die kaufmännische Geschäftsführung ist für alle «Finanzen» und kaufmännischen Vorgänge zuständig. Sie führt den Schriftverkehr mit den Behörden (Krankenkasse/Berufsgenossenschaften/Arbeits- und Finanzverwaltung) und verwaltet Lohn und Gehalt, Bürgschaften, Einkäufe und führt die Konten.

(3) Die Bauleitung schliesslich ist zuständig für die Leitung und Überwachung der eigentlichen Bauabläufe auf der Baustelle.

Wird das Bauvorhaben in Form einer Los- oder Dach-ARGE durchgeführt, in der jeder Gesellschafter seinen Teil in eigener Verantwortung erbringt, bedarf es keiner besonderen Regelungen.

4.3. Inhalt der Vereinbarungen

(1) Zu unterscheiden sind zum einen die Regelungen im Aussenverhältnis zum Auftraggeber. Diese werden bestimmt durch den abgeschlossenen Werkvertrag mit seinen Leistungsverpflichtungen und rechtlichen Rahmenbedingungen.

(2) Zum anderen sind die Regeln im Innenverhältnis der Gesellschafter zu beachten. Diese mögen zwar vom Werkvertrag überlagert sein. Die gesellschaftsrechtlichen Beistellverpflichtungen richten sich aber nach den vertraglichen Vereinbarungen unter den Gesellschaftern. Diese legen fest, wer welches Personal/Stoffe/Geräte zu stellen hat und wie die

Kosten für Versicherungen/Bürgschaften/Mieten/Steuern verteilt werden. Zur Vermeidung von Streitigkeiten ist bei der Festlegung von Verrechnungs- und Vergütungssätzen sowie Leistungsansätzen mit grösster Sorgfalt vorzugehen.

4.4. Beendigung der ARGE

(1) Die ARGE endet mit Ablauf der sich aus den übernommenen Bauarbeiten ergebenden Rechte und Pflichten (Zweckerreichung), jedoch nicht vor Ablauf der Gewährleistungsfristen und Rückgabe der Sicherheiten. Es sind Sachen und Rechte zurückzugeben, Verträge zu kündigen, Verpflichtungen zu erfüllen. Nach Prüfung und Anerkennung der Schlussrechnung durch den Auftraggeber ist die Schlussbilanz aufzustellen und schliesslich der Überschuss an die Gesellschafter auszukehren.

(2) Eine vorzeitige Beendigung der ARGE bzw. die Kündigung durch einen Gesellschafter ist nur aus wichtigem Grund möglich. Dies ergibt sich aus der zeitlichen Begrenzung einer Bau-ARGE. Ein solcher Grund könnte dann gegeben sein, wenn das Vertrauensverhältnis unter den Gesellschaftern zerstört ist oder der wirtschaftliche Zusammenbruch droht. Auch die ARGE kann einen Gesellschafter nur mit wichtigem Grund ausschliessen, z.B. wenn dieser seine Verpflichtung zur Beistellung in grober Weise verletzt oder seine Zahlungen einstellt. Für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters sieht § 728 BGB sogar die Auflösung der Gesellschaft vor. Die Norm ist aber dispositiv und anderen Regelungen zugänglich. Üblich ist die Fortsetzung der ARGE unter den verbleibenden Gesellschaftern; der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters wird abgefunden und auf die verbleibenden Gesellschafter im Verhältnis ihrer Beteiligungen aufgeteilt.