Gerichtstyp	Datum
OGH	20051220

Geschäftszahl
16Ok45/05

Kopf
Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Birgit Langer als Vorsitzende, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Manfred Vogel und Dr. Wolfgang Schramm sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Erich Haas als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragsteller 1. Bundeskartellanwalt, 1016 Wien, Schmerlingplatz 11, und 2. Bundeswettbewerbsbehörde, 1020 Wien, Praterstraße 31, wider die Antragsgegnerin Bundesinnung Bau, 1040 Wien, Schaumburgergasse 20, vertreten durch Alix Frank Rechtsanwälte KEG in Wien, wegen Erteilung eines Auftrags zum Widerruf einer unverbindlichen Verbandsempfehlung, über den Rekurs der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 14. April 2005, GZ 25 Kt 304, 315, 510, 526/04-60, den

Beschluss

gefasst:

Spruch
Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Die Antragsgegnerin Bundesinnung Bau ist ein Fachverband gemäß § 3 Abs 1 Z 4 Wirtschaftkammergesetz und als solcher eine Körperschaft öffentlichen Rechts.
Die planenden Baumeister - Mitglieder der Antragsgegnerin - betreiben ein Gewerbe gemäß § 94 Z 5 Gewerbeordnung 1994. Die Mitglieder der Kammer für Architekten und Ingenieurkonsulenten hingegen üben einen freien Beruf aus. In beiden Fällen beruht die Mitgliedschaft unmittelbar auf dem Gesetz.
Seit 1978 ist im Kartellregister fortlaufend zur Kartellzahl V 20 eine - wiederholt geänderte - unverbindliche Verbandsempfehlung unter der Bezeichnung "Honorarordnung der Baumeister" eingetragen. Dieser vorangegangen war eine 1973 eingetragene unverbindliche Verbandsempfehlung unter der Bezeichnung "Entgeltordnung des konzessionierten Baugewerbes".
Mit ihrer am 3. Mai 2004 beim Erstgericht eingelangten Eingabe, 25 Kt 204/04-1, zeigte die Antragsgegnerin eine Erhöhung des in der unverbindlichen Verbandsempfehlung behandelten Zeitgrundhonorars auf 62,60 EUR je Stunde an.
Weiters zeigte sie mit der beim Erstgericht am 5. Mai 2004 eingelangten Eingabe, 25 Kt 218/04-1, eine neue Ausgabe der als "Honorarordnung der Baumeister" (auch: "HOB") bezeichneten unverbindlichen Verbandsempfehlung an. Die auf der Entgeltordnung für das Baugewerbe basierende unverbindliche Verbandsempfehlung sei in ihren Grundzügen unverändert geblieben. Bei der aktuellen Fassung aus dem Jahr 2000 habe in einigen Punkten Änderungsbedarf bestanden. Dieser betreffe eine Anpassung an den sich weiter entwickelnden Stand der Technik, die durchgängige Verwendung der Euro-Währung, Ergänzungen bei den Klassenfaktoren sowie einige textlich-redaktionelle Änderungen.
Der Bundeskartellanwalt beantragte mit Schriftsatz vom 3. 6. 2004 den Anzeigern aufzutragen, die neu angezeigte unverbindliche Verbandsempfehlung "Honorarordnung der Baumeister, Ausgabe 2004"

binnen 14 Tagen den Empfängern gegenüber ausdrücklich zu widerrufen. Es würde der Eindruck vermittelt, es handle sich bei den empfohlenen Honorarsätzen um einen verkehrsüblichen Tarif, die Bezeichnung als "Tarif" verstoße gegen § 12 Abs 1 KartG, wonach in unverbindlichen Verbandsempfehlungen ausdrücklich auf ihre Unverbindlichkeit hingewiesen werden müsse. Auch die in der österreichischen Rechtsordnung bekannten "Honorarordnungen" seien verbindlich. Es fehle der erforderliche Unverbindlichkeitshinweis. Die Honorarordnung werde auch als Druckmittel verwendet, weil in gerichtlichen Entscheidungen typischerweise auf die Honorarordnung verwiesen werde. Da größere Aufträge öffentlicher Bauträger ohnehin auf Grund einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen öffentlich ausgeschrieben werden müssen oder freiwillig durch Wettbewerb vergeben würden, werde die unverbindliche Verbandsempfehlung vor allem gegenüber Einzelpersonen und kleineren Bauträgern verwendet. Das überaus hohe Preisniveau in dieser Honorarempfehlung wirke sich folglich besonders negativ für Konsumenten aus. Auf Grund des Aufbaus der HOB seien die Einkünfte des Baumeisters um so höher, je höher die Kosten des Gebäudes sind. Verschiedene Kalkulationsgrößen seien nach den tatsächlich verursachten Kosten kaum nachvollziehbar. Bei einzelnen Faktoren führe die Anwendung der Honorarordnung 2004 automatisch zu einer bedeutenden Erhöhung des Preises. So sei eine Änderung der kleinsten Verrechnungseinheit des Zeithonorars von der angefangenen halben Stunde auf die angefangene ganze Stunde vorgesehen. Auch die Durchrechnung einzelner Faktoren der HOB 2004 zeige erhebliche Aufschläge.

Mit Schreiben vom 4. 6. 2004 führte die Antragsgegnerin aus, der Zweck der seit Jahrzehnten bestehenden HOB (vormals Entgeltordnung) bestehe darin, den Mitgliedern Leistungsbilder der verschiedenen Arten von Planungsleistungen und auch eine Kalkulationshilfe zur Verfügung zu stellen, die es den planenden Baumeistern ermögliche, die sehr komplexen Aufgaben einer Planung im Bauwesen klar zu definieren und abzugrenzen. Die Honorarempfehlungen sollten einer Grobkostenabschätzung für verschiedenartige Planungsleistungen dienen. Es liege außerhalb des Einflusses der Bundesinnung, wie die HOB im konkreten Einzelfall von ihren Mitgliedern angewendet würde.

Mit Schriftsatz vom 15. 6. 2004 beantragte die Bundeswettbewerbsbehörde, der Antragsgegnerin den Widerruf der unverbindlichen Verbandsempfehlung aufzutragen. Die HOB 2004 sei geeignet, durch Angabe von konkreten Preisen den Preiswettbewerb zu beschränken. Lediglich auf dem Deckblatt der HOB werde darauf hingewiesen, dass es sich um eine unverbindliche Verbandsempfehlung handle, der Sinn hinter dieser formalen Bezeichnung bleibe einem durchschnittlichen Anwender ohne detaillierte Kenntnisse des Kartellrechts allerdings verborgen. Der verpflichtende Charakter werde durch die Wahl des Wortes "Ordnung" verstärkt.

Mit Schriftsätzen vom 8. 7. 2004 und vom 13. 7. 2004 beantragte die Antragsgegnerin, die Anträge der Amtsparteien abzuweisen; in eventu beantragte sie unter Hinweis auf § 68 Abs 1 KartG, eine angemessene Frist zur entsprechenden durch Beschluss festzusetzenden Verbesserung der unverbindlichen Verbandsempfehlung zu setzen. Sie habe keinerlei Möglichkeit, die Verhaltensweisen ihrer Mitglieder durch Druck zu beeinflussen. Die Honorarordnung habe "kein überaus hohes Preisniveau". Ein Ansteigen des Planungsaufwandes und somit des Honorars mit der Höhe der Baukosten sei logisch und nachvollziehbar. Es gäbe keinen linearen Zusammenhang von Baukosten und Honoraren, sondern eine logarithmisch abfallende Kurve. Die Antragsgegnerin habe zirka 10.000 Mitgliedsbetriebe, de facto führten nur zirka 780 Planungsleistungen aus. Eine Nichtbefolgung der HOB werde nicht sanktioniert und könne auch nicht sanktioniert werden. Die Antragsgegnerin sei bereit, auf jeder Seite ausdrücklich den Hinweis auf die Unverbindlichkeit zu verankern.

Der Bundeskartellanwalt und die Bundeswettbewerbsbehörde beantragten in der Tagsatzung vom 18. 10. 2004 bzw mit Eingabe vom 4. 11. 2004,

der Antragsgegnerin den Auftrag auch zum Widerruf der HOB aus dem Jahre 2000 sowie vorhergehender noch nicht widerrufener Honorarordnungen der Baumeister zu erteilen.
Die Bundeswettbewerbsbehörde erklärte mit Eingabe vom 13. 1. 2005, das Erstgericht möge bei seiner Beurteilung auch die Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (insbesondere die Art 1, 3, 5 und 6) anwenden.
Mit Schriftsatz vom 20. 1. 2005 gab die Antragsgegnerin bekannt, dass sich der Gesamtumsatz der planenden Baumeister auf dem Bauplanungsmarkt im Jahr 2002 auf 126 Mio EUR, der Gesamtumsatz des Bauplanungsmarktes auf 2.899 Mio EUR belaufen habe. Daraus ergebe sich ein Marktanteil der planenden Baumeister am Bauplanungsmarkt von 4,4 %.
Das Erstgericht hat mit dem angefochtenen Beschluss
1. die Anträge der beiden Amtsparteien, der Antragsgegnerin einen Auftrag zum Widerruf der zu 25 Kt 218/04 in Verbindung mit 25 Kt 204/04 angezeigten unverbindlichen Verbandsempfehlung HOB - Honorarordnung der Baumeister zu erteilen, abgewiesen und
2. der Antragsgegnerin aufgetragen, die zu 25 Kt 529/99 angezeigte und zu V 20 im Kartellregister eingetragene unverbindliche Verbandempfehlung HOB - Honorarordnung der Baumeister 2000 in allen ihren Fassungen binnen 14 Tagen den Empfängern gegenüber ausdrücklich zu widerrufen.
Es traf noch folgende Feststellungen:
Das Kartellgericht hat mit Beschluss vom 18. 3. 1998, 25 Kt 356/97-25, den Feststellungsantrag der Bundesarbeitskammer, dass mit der im Kartellregister eingetragenen "Honorarordnung der Baumeister" ein Empfehlungskartell vorliege, abgewiesen und ausgesprochen, dass die "Honorarordnung der Baumeister" eine unverbindliche Verbandsempfehlung darstellt. Das Kartellobergericht hat dem gegen diesen Beschluss eingebrachten Rekurs der Bundesarbeitskammer mit Entscheidung vom 18. 6. 1998, 16 Ok 8/98, nicht Folge gegeben. In der Begründung der Entscheidung führte das Kartellobergericht abschließend aus, von der Frage der Erfüllung des Tatbestandes einer unverbindlichen Verbandsempfehlung im Sinn des § 31 KartG sei die Frage zu unterscheiden, ob diese inhaltlich eindeutig sei. Sei sie dies nicht, komme insbesondere die Unverbindlichkeit nicht hinreichend eindeutig zum Ausdruck und komme die Anzeigerin Verbesserungsaufträgen nicht zeitgerecht nach, sei nach § 33 KartG mit einem Widerrufsauftrag vorzugehen.
Die Bundesarbeitskammer beantragte im August 1998 zu 25 Kt 329/98 der Bundesinnung Baugewerbe den Auftrag zu erteilen, die damals empfohlene HOB den Empfängern gegenüber ausdrücklich zu widerrufen. Im Verfahren erklärte sich die Bundesinnung bereit, einige Änderungen der HOB vorzunehmen. Der Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten kam in seinem Endgutachten vom 9. 2. 1999 zum Ergebnis, die HOB sei für den Auftraggeber ein Indikator für den am Markt üblichen Preis. Sie ermögliche es ihm, die Kalkulation des Auftragnehmers objektiv und transparent zu machen. Sie schütze ihn vor überhöhten, marktunüblichen Honorarforderungen seitens des Auftragnehmers. Unter der Voraussetzung der Vornahme durch den Paritätischen Ausschuss vorgeschlagener Adaptionen sei die HOB als volkswirtschaftlich gerechtfertigt zu betrachten. Die Bundesarbeitskammer zog Anfang Februar 2000 im Hinblick auf die Einreichung einer neuen Verbandsempfehlung, in welcher die vorgeschlagenen Änderungen eingearbeitet waren, ihren Antrag auf Erteilung eines Widerrufsauftrages zurück.
Mit Eingabe vom 2. 12. 1999, 25 Kt 529/99-1, zeigte die Bundesinnung Baugewerbe die HOB in einer überarbeiteten Fassung als unverbindliche Verbandsempfehlung neu an. Das Kartellgericht ordnete mit Beschluss vom 8. 2. 2000, 25 Kt 529/99-3, die Eintragung dieser Fassung der HOB in das Kartellregister an. Diese Fassung der HOB ist noch nicht widerrufen worden und ist derzeit in Verwendung. Die ursprüngliche

Fassung dieser HOB - Honorarordnung der Baumeister 2000 ist wiederholt durch Erhöhung des empfohlenen Zeitgrundhonorars geändert worden.
Die 2004 neu angezeigte Fassung der HOB ist noch nicht hinausgegeben worden.
Die Entscheidung über die jeweilige Textierung der HOB erfolgt durch den Bundesinnungsausschuss auf Basis des Entwurfes eines Fachausschusses.
Die Verbandsempfehlung ist an alle planenden Baumeister im ganzen Bundesgebiet gerichtet.
Die Entscheidungsträger der Antragsgegnerin verfolgten mit der Verfassung der HOB nicht nur das Ziel, Leistungsbilder für Planungsleistungen und eine grobe Kalkulationshilfe zur Verfügung zu stellen, sondern sie strebten damit auch an, dass sich die aus der HOB ergebenden Preise am Markt durchsetzen.
Auf dem Deckblatt der Ausgabe 2000 ist in hervorstechend großen Buchstaben die Kurzbezeichnung "HOB" - darunter in kleineren Buchstaben die unabgekürzte Bezeichnung "Honorarordnung der Baumeister" zu lesen. Über der Kurzbezeichnung ist die Herausgeberin "Bundesinnung Bau" in Verbindung mit dem österreichischen Wappen genannt. Unten findet sich - durch einen graphischen Balken abgesetzt - in verhältnismäßig kleiner Schrift die Wortfolge "Unverbindliche Verbandsempfehlung gem. § 31 des KartellGes. 1988 für das bewilligungspflichtige gebundene Baumeistergewerbe."
Der umfangreiche Text der HOB ist wie ein Regelwerk formuliert. Nach diesem kann das Honorar vereinbart werden als
- Werthonorar (in Abhängigkeit vom Herstellungspreis unter Berücksichtigung der Klassenzugehörigkeit)
- Zeithonorar (nach Zeitaufwand)
- Pauschalhonorar (nach freier Vereinbarung).

Einleitend heißt es in den allgemeinen Bestimmungen (S 2): "Die nachstehenden Honorarsätze sind übliches Entgelt im Sinne des § 1152 ABGB für Planung, Berechnung, Bauleitung, Beratung, Projektmanagement und Sachverständigentätigkeit. Es steht den Vertragsparteien frei, die Honorarrichtlinien als Grundlage des Vertrages zu vereinbaren."
Der Unterpunkt 1.1 "Verrechnung der Leistungen" enthält folgende Formulierung: "Die Leistungen des Auftragnehmers können nach nachstehenden Honorarsätzen vergütet werden:
Ist für eine Leistung in dieser Honorarordnung kein Honorarsatz vorgesehen, oder kann eine Leistung ihrer Eigenart wegen nicht nach Honorarsätzen vergütet werden, so kann sie entweder nach Zeithonorar oder als Pauschalhonorar vergütet werden."
Zum Unterpunkt "1.2 Honorarbestimmungen" ist ausgeführt: "Die in dieser Honorarordnung angeführten Sätze sind übliches Honorar für die jeweils erbrachten Leistungen."
Im Unterpunkt "1.3 Honorarberechnung" ist unter anderem folgende Regelung formuliert: "Der Herstellungspreis (P) umfasst sämtliche Kosten, die für das Werk aufgewendet werden (Nettokosten ohne Umsatzsteuer); Grunderwerbskosten, Honorare und Gebühren mit Nebenkosten zählen nicht zum Herstellungspreis.
Der Herstellungspreis wird zunächst auf Grund einer Kostenschätzung vom Auftragnehmer ermittelt und auf Grund der Kostenfeststellung endgültig festgestellt.
Lieferungen und Leistungen des Auftraggebers sind auf Grund einer Kostenberechnung des Auftragnehmers bei der Ermittlung des Herstellungspreises zuzuschlagen. Sollte der Auftraggeber die Kostenschätzung bestreiten, so sind seine Leistungen durch eine Kostenberechnung nachzuweisen. Die Ausarbeitung dieser Kostenberechnung ist nach dieser Honorarordnung zu vergüten."
Im Unterpunkt 1.5.11. findet sich folgende Regelung: "Wird die gesamte Büroleistung beantragt, so ist das Gesamthonorar zu vergüten, auch wenn einzelne Teilleistungen nicht ersichtlich sind. Die gilt auch für die Beauftragung von Teilleistungen gemäß Punkt 2.3., 3.3., 5.4., 6.3. und 8.3."

Nach dem Regelwerk "wird" das Werthonorar für Planungsleistungen bei Gebäuden und Bauwerken gemäß der "Tabelle 1" (S 7/8) ermittelt, indem das Basishonorar für Büroleistungen sowie für örtliche Bauaufsicht mit dem zugehörigen Klassenfaktor multipliziert wird.
Im Unterpunkt 2.1 wird erläutert, in welche Klassen Leistungen für Hochbau einzureihen sind und jeweils ein unterschiedlicher Klassenfaktor zugeordnet.
Werden vom Auftraggeber nicht alle in Punkt 2.2. angeführten Teilleistungen für den Hochbau in einem Auftrag vergeben, sondern sind nur einzelne Teilleistungen, so "sind" in der HOB im Unterpunkt 2.3 näher bezeichnete Prozentsätze des vollen Werthonorars Büroleistung in Rechnung zu stellen.
Weitgehend nach dem gleichen Grundmuster wie für den Hochbau ist das Werthonorar getrennt geregelt für
- Grünflächen und Freiflächengestaltung
- Raumgestaltung und Formgebung
- Statik und Tragwerksplanung
- Tiefbau
- Brandschutzbemessungen.

Für Leistungen, die dem näher beschriebenen Leistungsbild "Projektsteuerung und Projektmanagement" entsprechen, "ist" gemäß Punkt 7 der HOB ein Honorar in Höhe des "zumindest" halben Werthonorars für örtliche Bauaufsicht in Rechnung zu stellen.
Die Honorierung der Planungs- und Baustellenkoordination erfolgt nach Punkt 8 der HOB als Zeithonorar oder Pauschalhonorar.
Das Honorar für Bebauungsvorschläge "ist nach besonderen Vereinbarungen, "mindestens" jedoch nach dem Zeitaufwand und den Sätzen der Zeitgrundhonorare zu vergüten" (Punkt 10.).
Das Honorar für "sonstige Bemessungen" ist gemäß Punkt 11. nach dem Zeitaufwand mit den Sätzen der Zeitgrundhonorare oder nach Pauschalhonorar zu vergüten.
Nach Punkt 12.1.2 "sind" die Leistungen für Mühewaltung im Sinne des § 34 GebAG 1975 in der geltenden Fassung mit den doppelten Sätzen des Zeitgrundhonorars (Zeitgrundhonorars) zu verrechnen.
Das Zeitgrundhonorar ergibt sich nach Punkt 13.4. aus der Multiplikation des Zeitgrundbetrages mit dem Klassenfaktor. Für die Sachverständigentätigkeit ist der Klassenfaktor 4,0 vorgesehen.
Das Werthonorar für die Bewertung von Liegenschaften setzt sich nach Punkt 12.4 "stets" zusammen aus dem Basisentgelt für Baugrundstückspreise und dem Basisentgelt für die Bau-Neupreise jedes einzelnen zu bewertenden Gebäudes oder Bauwerkes.
Nach Punkt 14.14 "ist" zu den Nebenkosten zur Deckung der anteiligen Allgemeingeschäftsunkosten ein Zuschlag von 15 % zu verrechnen.
Der zuständige Ausschuss der Antragsgegnerin bemüht sich bei der Redaktion der HOB die Klassenfaktoren und Gewichtungen nach durchschnittlichen Gegebenheiten entsprechend langjährigen Erfahrungen auszuweisen.
Die in der HOB beschriebenen Dienstleistungen werden nicht nur von den planenden Baumeistern - den Adressaten der HOB - erbracht, sondern auch von anderen Berufen, die zum größten Teil in der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten ihre gesetzliche Interessenvertretung haben (Architekten, Zivilingenieure für Bauwesen, Ingenieurkonsulenten).
Die HOB ist weitgehend gleich strukturiert wie die Honorarordnungen der Architekten (HOA). Die zu verrechnenden Honorarbeträge decken sich weitestgehend. In der HOA sind die Honorarsätze in Prozenten der Baukosten angegeben, in der HOB werden sie hingegen mit Fixbeträgen ausgewiesen. Im Ergebnis sind die nach den Honorarordnungen errechneten Honorare jedoch regelmäßig gleich.
Bis 1991 war es Architekten verboten, die Sätze der von der Bundeskammer für Architekten und Ingenieurkonsulenten als Verordnung auf gesetzlicher Grundlage herausgegebenen Gebührenordnungen zu unterschreiten. Eine Unterschreitung wurde sanktioniert. Planende Baumeister hielten damals die laut HOB zu verrechnenden Honorare

gelegentlich auch deshalb ein, um nicht in Konkurrenz zu Architekten zu treten. Konkurrenz zwischen den Mitgliedern der beiden Kammern war damals verpönt. Der Verfassungsgerichtshof hob im Oktober 1990 die gesetzlichen Grundlage der für verbindlich erklärten Gebührenordnungen der Architekten und Ingenieurkonsulenten als verfassungswidrig auf (Eingriff in das verfassungsmäßige Recht der Freiheit der Erwerbsausübung, weil die Unterschreitung der verbindlichen Mindestgebührensätze disziplinär sanktioniert wurde). Die Gebührenordnungen sind seither rechtlich nicht mehr verbindlich. Seit 1. 12. 2004 heißen sie "Honorarrichtlinien".
Planende Baumeister erbringen ihre Leistungen auch im Ausland. Ausländer erbringen derartige Leistungen auch für den österreichischen Markt.
Der Großteil der planenden Baumeister verwendet die HOB für die Erstellung der Angebote, gewährt aber auf Grund des bestehenden Wettbewerbsdrucks - entweder schon im schriftlichen Angebot, vor allem aber im Bereich öffentlicher Ausschreibungen, oder bei nachfolgenden Verhandlungen - unterschiedliche Preisnachlässe, die durchschnittlich 20 % erreichen oder überschreiten. Die Nachlässe beziehen sich regelmäßig auf die Gesamtsumme des Angebots, werden also zu den einzelnen Positionen regelmäßig in gleicher Höhe ausgeworfen. Zur Beurteilung, in welcher Höhe Nachlässe gewährt werden können, werden regelmäßig auch individuelle Kalkulationen durchgeführt. Bei dieser Kalkulation überlegen planende Baumeister auch, inwieweit die Klassenfaktoren und Gewichtungen laut HOB im konkreten Einzelfall realistisch sind.
Die Kosten sind von Planungsbüro zu Planungsbüro verschieden. Die in der HOB angeführten Sätze, Faktoren und Gewichtungen beruhen auf ermittelten Durchschnittswerten. Eine Angebotslegung unter ausschließlicher Berücksichtigung der individuellen Kosten wird nur von einigen planenden Baumeistern vorgenommen. Die degressive Koppelung der Honorare an die Herstellungskosten laut HOB verläuft oft nicht entsprechend höheren Selbstkosten der planenden Baumeister. Die durchschnittlich gewährten Nachlässe sind bei Angeboten laut Werthonorar höher als bei den Angeboten laut Zeithonorar.
Wenngleich in der überwiegenden Zahl der Fälle Nachlässe auf die laut HOB errechneten Honorare gewährt werden, kommt es doch in Einzelfällen immer wieder vor, dass die Honorare entsprechend der HOB vereinbart und verrechnet werden. Dabei bestehen auch regionale Unterschiede. So können etwa in Vorarlberg öfters Honorare entsprechend der HOB erzielt werden.
Bei Angeboten nach Zeithonorar, das für kleinere Aufträge, wie zB Behördenwege oder bestimmte Leistungen, die in den Grundleistungsbildern der HOB nicht enthalten sind, herangezogen wird, wird vielfach auch heute noch kein Nachlass gewährt. Für solche Aufträge werden jedoch auch des Öfteren Pauschalbeträge genannt, die in der Folge wie die Zeithonorare laut HOB vom Auftraggeber akzeptiert werden.
Vor den 1990er Jahren erhielten die planenden Baumeister noch regelmäßiger das nach der HOB errechnete Entgelt. Seit etwa 15 Jahren entstand jedoch ein zunehmender Wettbewerbsdruck zwischen den Leistungserbringern, der im größten Teil Österreichs zu immer höheren Nachlässen führte. Diese Tendenz zu immer höheren Nachlässen kann für Vorarlberg nicht festgestellt werden.
Auf die planenden Baumeister wird zur Zeit keinerlei Druck ausgeübt, ihre Angebote auf der Basis der HOB zu erstellen und die sich aus der HOB errechnenden Preise durchzusetzen.
Die HOB wird regelmäßig zur Leistungsbeschreibung herangezogen. Öffentliche Auftraggeber schätzen es nach wie vor, dass die Angebote vom Ansatz her nach der HOB erstellt sind, zumal auf Grund des gleichen Ansatzes die Angebote leichter verglichen werden können. In solchen Fällen wird auch von ausländischen Anbietern Angebotslegung und Verrechnung auf der Basis der HOB oder der Honorarordnung der Architekten verlangt.

Im Bereich der Vorentwürfe und Entwürfe ist der Leistungsanteil der Architekten höher als in den Bereichen ab der Einreich- bzw Baugenehmigungsplanung und der folgenden Ausführung.
Auch die Mitglieder der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten gewähren zur Zeit auf die nach ihren Honorarrichtlinien errechneten Honorare Nachlässe in ähnlicher Höhe wie die planenden Baumeister. Nur in etwa 20 % der Fälle werden Honorare entsprechend den Honorarleitlinien der Kammer vereinbart.
Entsprechend der auf Seite 2 der HOB vorgenommenen Darstellung der Honorarsätze als übliches Entgelt bezeichnen die als Sachverständige herangezogenen Baumeister das nach HOB errechnete Entgelt - ohne die sonst üblichen Nachlässe - regelmäßig als angemessenes Entgelt bei fehlenden Honorarvereinbarungen bzw bei der strittigen Abrechnung nicht vollständig oder nicht ordnungsgemäß erbrachter Leistungen.
Das nach der HOB errechnete Entgelt wird von gerichtlich bestellten Sachverständigen häufig als Honorar für die Mühewaltung geltend gemacht und in dieser Höhe auch von den Gerichten bestimmt.
Rechtlich führte das Erstgericht aus:
Ein Auftrag des Kartellgerichts, die Empfehlung deren Empfängern gegenüber zu widerrufen, setze voraus, dass die Empfehlung tatsächlich hinausgegeben worden sei. Da die HOB 2004 als Verbandsempfehlung noch nicht hinausgegeben worden sei, könne deren Widerruf nicht angeordnet werden werden. Die darauf gerichteten Anträge seien daher abzuweisen.
Derzeit zögen die planenden Baumeister nach wie vor die zu 25 Kt 529/99 angezeigte HOB 2000 für die Erstellung von Angeboten heran. Mit deren Hinausgabe seien vorausgegangene Honorarordnungen der Baumeister zumindest konkludent widerrrufen.
Von der Frage der Erfüllung des Tatbestandes einer unverbindlichen Verbandsempfehlung im Sinne des § 31 KartG sei die Frage zu unterscheiden, ob diese inhaltlich eindeutig sei. Sei sie dies nicht, komme insbesondere die Unverbindlichkeit nicht hinreichend eindeutig zum Ausdruck und komme die Anzeigerin Verbesserungsaufträgen nicht zeitgerecht nach, sei nach § 33 KartG mit einem Widerrufsauftrag vorzugehen.
Das Kartellgericht habe dem empfehlenden Verband nach § 33 Abs 1 Z 2 KartG auf Antrag aufzutragen, die Empfehlung binnen 14 Tagen den Empfängern gegenüber ausdrücklich zu widerrufen, soweit die Empfehlung volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt ist (§ 23 Z 3 KartG). Entsprechend § 23 Z 3 KartG sei eine volkswirtschaftliche Rechtfertigung jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die Empfehlung mit den in § 7 Abs 1 KartG angeführten internationalen Verträgen unvereinbar sei. Zu diesen Verträgen gehöre nach § 7 Abs 1 Z 4 KartG das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, BGBl 1993/693, mit dessen Inkrafttreten am 1. 1. 1994 das europäische Kartellrecht in Österreich unmittelbar anwendbar geworden sei. Da es durch den Vollbeitritt Österreichs zur EU mit 1. 1. 1995 diesbezüglich zu keinen Änderungen in der materiellen Rechtslage gekommen sei, sei das Kartellgericht auch nach dem 31. 12. 1994 berechtigt geblieben, den Widerruf unverbindlicher Verbandsempfehlungen aufzutragen, wenn sie im Widerspruch zum in Österreich unmittelbar anwendbaren europäischen Kartellrecht stehen. Das Kartellgericht sei nunmehr auch nach § 42f KartG ausdrücklich zum Vollzug des europäischen Kartellrechts ermächtigt. Damit sei Art 35 Abs 1 iVm Art 5 der Verordnung (EG) Nr 1/2003 entsprochen.
Nach Art 3 VO (EG) Nr 1/2003 hätten die nationalen Wettbewerbsbehörden, die ihr nationales Recht auf Sachverhalte im Sinne von Art 81, 82 EG anwenden, auch Art 81, 82 EG anzuwenden, wenn die relevanten Sachverhalte geeignet seien, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Ein nach Art 81 EG zu beurteilender Sachverhalt dürfe nicht nach nationalem Kartellrecht verboten werden, wenn es gemeinschaftsrechtlich nicht verboten oder freigestellt sei. Die eingeschränkte Anwendbarkeit des mitgliedstaatlichen Kartellrechts lasse die Geltung des mitgliedstaatlichen

Verfahrensrechts unberührt.
Die Verbandsempfehlung sei an alle planenden Baumeister in ganz Österreich gerichtet. Ein sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erstreckendes Kartell oder ein entsprechender Beschluss habe seinem Wesen nach die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen, und verhindere somit die vom EG-Vertrag gewollte wirtschaftliche Verflechtung.
Von einer fehlenden Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels könne nach der Vermutung der NAAT-Regel (Punkt 52 der Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art 81 und 82 des Vertrages) nicht ausgegangen werden, weil der gesamte Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft mit den von der Verbandsempfehlung erfassten Dienstleistungen - nach dem eigenen Vorbringen der Antragsgegnerin - den Betrag von 40 Mio EUR wesentlich überschreite. Außerdem sei aber auch zu berücksichtigen, dass die in der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten organisierten Mitglieder ebenfalls Honorarordnungen mit im Wesentlichen gleichen Honorarempfehlungen anwendeten, sodass auch eine Bündelwirkung aller den Markt betreffenden Honorarordnungen gegeben sei. Zudem werde auch gegenüber Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten immer wieder Anbotslegung und Abrechnung nach österreichischen Honorarordnungen verlangt.
Beim Begriff der Unternehmensvereinigung sei allein entscheidend, dass es sich um einen (beliebig strukturierten) Zusammenschluss mehrerer Unternehmen handle, dessen Zweck (ua) darin bestehe, die Interessen seiner Mitglieder wahrzunehmen. Diese Voraussetzungen seien bei der Antragsgegnerin erfüllt.
Ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung müsse nicht rechtlich verbindlich sein. Es reiche aus, dass er die Mitglieder faktisch binde. Selbst sanktionslose Verbandsempfehlungen erfüllten den Tatbestand des Beschlusses einer Unternehmensvereinigung, soweit die Empfehlung auf die Folgen abziele, die Art 81 Abs 1 EG unterbinden wolle, und ihr mehrere Mitglieder der Vereinigung freiwillig gefolgt seien und damit ein spürbarer Einfluss auf den Wettbewerb auf dem betreffenden Markt ausgeübt werde. Für die Erfüllung des Tatbestandes des Art 81 Abs 1 EG genüge es, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt werde. Bei der Ermittlung des Zwecks solle nicht die Willensrichtung der handelnden Personen, das heißt ihre subjektive Absicht, erforscht werden, vielmehr komme es auf die der Vereinbarung objektiv innewohnende Tendenz bzw auf die Ermittlung eines den Verhaltensweisen innewohnenden rationalen Plans an. Die HOB werde mit gelegentlichen Anpassungen seit Jahrzehnten von den Mitgliedern der Antragsgegnerin für Angebotslegung, Honorarvereinbarung und Honorarabrechnung genützt. Wenn auch die Marktbedingungen mehr als früher sehr häufig hohe Nachlässe auf die laut HOB gelegten Anbote noch sich zögen, gingen die Mitglieder der Antragsgegnerin dennoch davon aus, dass das nach den HOB errechnete Honorar als angemessenen anzusehen sei. Es würden auch - regional und auftragsabhängig verschieden - immer wieder Honorare entsprechend der HOB erzielt. Die HOB beruhe daher auf einem Beschluss im Sinne des Art 81 EG.
Nach der Rechtsprechung des EuGH könne ein als Empfehlung kenntlich gemachter Rechtsakt gegen Art 81 EG-Vertrag verstoßen, wenn er ein getreuer Ausdruck des Willens der Unternehmensvereinigung sei, das Verhalten der Mitglieder auf dem Markt zu koordinieren. Auf den objektiven Willen, das Verhalten der Mitglieder auf dem Markt zu koordinieren, könne ein normativer oder vorschreibender Text hindeuten.
Da die HOB nach ihrem Titel und ihrem Text einen vorschreibenden Charakter habe und voll und ganz der als Unternehmensvereinigung handelnden Kammer zuzurechnen sei, komme sie für die Beurteilung im Hinblick auf Art 81 EG-Vertrag in Betracht. Abgesehen davon stehe auch der subjektive Wille der Entscheidungsträger, die Honorare zu koordinieren, fest.

Es könne auf Grund der getroffenen Feststellungen davon ausgegangen werden, dass der Zweck der Verbandsempfehlung auf eine Koordinierung der Preise der planenden Baumeister gerichtet sei. Damit werde eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Art 81 Abs 1 lit a EG angestrebt. Dieser Zweck komme nach wie vor in der Bezeichnung und in der Textierung der Empfehlung zum Ausdruck. Die damit objektiv bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sei auf die Festsetzung von Preisen gerichtet und könne daher nach der de-minimis-Bekanntmachung der Kommission auch nicht als nicht spürbar vernachlässigt werden. Außerdem sei die Bündelwirkung mit den weitgehend gleichen Honorarordnungen der Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten zu berücksichtigen, womit insgesamt der größte Teil der auf dem Markt in Österreich erbrachten Leistungen erfasst sei.
Die auf dem Markt durchschnittlich erzielten Honorare lägen deutlich unter den nach der HOB errechneten Beträgen. Es sei daher unzutreffend, wenn die HOB das angezeigte Entgelt als ein übliches Entgelt bezeichne. Diese Fehlbezeichnung sei insofern relevant, als sie im Einzelfall zu einer gesetzwidrigen Entgeltfestsetzung - zB nach § 1152 ABGB oder nach dem Gebührenanspruchsgesetz - oder aber auch zur Täuschung von Konsumenten führen könne, die über die Marktbedingungen nicht hinreichend informiert seien.
Die planenden Baumeister seien im Allgemeinen bestrebt, Honorare entsprechend der HOB zu erhalten und gingen dementsprechend bei ihren Angeboten auch regelmäßig von einer Honorarberechnung laut HOB aus. Um Aufträge zu erhalten, würden jedoch - heute durchschnittlich öfters und in größerem Ausmaß - Nachlässe auf die laut HOB errechneten Honorare gewährt. Die zurückgedrängte Wirksamkeit der HOB ändere jedoch nichts daran, dass sie auf einem Beschluss im Sinn des Art 81 EG beruhe. Außerdem sei eine Wettbewerbsverzerrung allein schon durch die gemeinsame Ausgangshonorierung in den Angeboten gegeben. Durch die Ausgabe und Aufrechterhaltung der HOB sei somit Art 81 Abs 1 EG verletzt. Eine Rechtfertigung im Sinn des Art 81 Abs 3 EG sei - aus im Einzelnen dargelegten Gründen - nicht gegeben. Ein Verbesserungsauftrag nach § 68 KartG sei nicht zu erteilen gewesen, weil auch eine geänderte HOB Art 81 EG verletzen würde, würde doch die Antragsgegnerin weiterhin Honorare empfehlen, die über dem durchschnittlichen Marktpreis lägen, und könne sie damit rechnen, dass die planenden Baumeister je nach Marktbedingungen auch die koordinierten Honorare erhielten. Aus diesen Erwägungen sei auch eine volkswirtschaftliche Rechtfertigung der unverbindlichen Verbandsempfehlung nicht gegeben, zumal die empfohlenen Honorare wesentlich über den ortsüblichen Honoraren lägen.
Gegen Punkt 2. dieses Beschlusses richtet sich der Rekurs der Antragsgegnerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem auf Abweisung des Widerrufsauftrags gerichteten Abänderungsantrag.
Die Amtsparteien beantragen in ihren Gegenäußerungen, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Rechtssatz

Der Rekurs ist nicht berechtigt.
Die Antragsgegnerin macht im Wesentlichen geltend, die HOB richte sich ausschließlich an den durch das Wirtschaftskammergesetz und seine Verordnungen definierten Mitgliederkreis. Für ausländische Baumeister, die entsprechende Leistungen in Österreich erbrächten, habe die HOB keinerlei Relevanz, weil die HOB für diese nicht publiziert und diesen gar nicht zugestellt werde. Selbst wenn von Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten Angebotslegung und Abrechnung nach österreichischen Honorarordnungen verlangt werde, ergebe sich daraus keine Einschränkung des Wettbewerbs, weil ohnehin kaum jemals Honorare nach der HOB verlangt bzw vereinbart würden. Allenfalls in Einzelfällen, wenn es sich um ein "angemessenes Entgelt" handle, würden Honorare nach der HOB verlangt. Eine für die Annahme der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels immer notwendige

Abschottungswirkung einer Vereinbarung gegenüber ausländischen Mitbewerbern liege nicht vor, weil es jedem Inländer und jedem Ausländer frei stehe, seinen Preis festzusetzen bzw zu verhandeln, wie er wolle. Selbst wenn die Feststellung des Erstgerichts zuträfe, dass Ausländer gezwungen würden, nach HOB anzubieten, so könne dies nach den Feststellungen nur die Struktur eines Angebots betreffen und nicht den Preis, würden doch fast immer erhebliche Abschläge von der HOB gemacht. Die HOB sei daher allenfalls ein Kalkulationsschema, aber keine tatsächliche Preisempfehlung. Es liege auch kein Beschluss einer Unternehmensvereinigung im Sinn des Art 81 EG vor. Eine faktische Bindung der Mitglieder liege nicht vor, weil praktisch immer eine gesonderte Honorarvereinbarung - nach unten hin - getroffen werde. Insofern bestehe gar keine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme. Ein gemeinsames Interesse der Mitglieder der Antragsgegnerin an einer Koordinierung des Wettbewerbs liege offensichtlich nicht vor; denn bestünde dieses, so würden sich die Mitglieder daran auch halten. Dies lasse sich aber aus den Feststellungen nicht ableiten. Die HOB erwecke keinerlei Eindruck der Verbindlichkeit. Auch zu Zeiten der Anwendbarkeit von Art 81 EG sei das Erstgericht bei gleicher Sach- und Rechtslage von einer Unverbindlichkeit der Empfehlung ausgegangen. Wenn in einzelnen Entscheidungen zur Bestimmung der Angemessenheit des Entgelts die HOB herangezogen werde, so sei dies jedenfalls volkswirtschaftlich - auch unter dem Aspekt des Art 81 Abs 3 EG - gerechtfertigt. Der Schutz der Auftraggeber vor überhöhten Preisen einerseits und das Zustandekommen der tatsächlichen Preise im Wettbewerb durch Angebot und Nachfrage andererseits lägen im volkswirtschaftlichen Interesse.
Nachvollziehbare Leitlinien für die Berechnung von Sachverständigengebühren seien für Gerichte und Verwaltungsbehörden sinnvoll. Wenn das Erstgericht eine Wettbewerbsverzerrung allein schon wegen der gemeinsamen Ausgangshonorierung in den Angeboten annehme, so finde dies in den Feststellungen keine Deckung. Eine Wettbewerbsverzerrung könne nicht vorliegen, weil bei den planenden Baumeistern hoher Preiswettbewerb existiere, würden doch unterschiedlichste Nachlässe gegeben werden.
Hiezu wurde erwogen:
Unverbindliche Verbandsempfehlungen im Sinne des KartG sind Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen oder Kalkulationsrichtlinien, die
1. keine Empfehlungskartelle (§ 12 KartG) sind;
2. von Verbänden ausgehen, deren Ziel die Vertretung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern ist; unter Verbänden im Sinn dieser Bestimmung sind gesetzliche berufliche Interessenvertretungen und Vereine von Unternehmern zu verstehen; und
3. nicht an Angehörige eines freien Berufes gerichtet sind (§ 31 KartG).
Die Antragsgegnerin ist einer der in der nach § 15 WKG erlassenen Fachorganisationsordnung genannten Fachverbände (vgl § 5 Z 4 der Fachorganisationsordnung BGBl II 1999/365). Der Aufgabenbereich der Fachorganisationen wird in § 17 WKG dahin festgelegt, dass es sich um Angelegenheiten handeln muss, die nur die Interessen der Mitglieder dieser Fachorganisation berühren. Die Antragsgegnerin ist also eine gesetzliche berufliche Interessenvertretung im Sinne des § 31 Z 2 KartG. Nach den Feststellungen ist weiters davon auszugehen, dass ein Empfehlungskartell im Sinn des § 12 KartG nicht vorliegt, weil kein Druck zur Durchsetzung der Empfehlung HOB, die sich auf die Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen und Kalkulationsrichtlinien bezieht, ausgeübt wird oder werden soll und auf ihre Unverbindlichkeit ausdrücklich hingewiesen wird (vgl 16 Ok 8/98). Die Empfehlung ist nicht an Angehörige eines freien Berufs, sondern an Gewerbetreibende gerichtet. Der Tatbestand nach § 31 KartG ist demnach formal verwirklicht.
Gemäß Art 81 Abs 1 EG sind alle Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte

Verhaltensweisen mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen. Nach der Rechtsprechung des EuGH hängt die Anwendbarkeit dieser Vorschrift neben den in deren Wortlaut genannten Tatbestandsvoraussetzungen auch noch davon ab, dass Wettbewerbsbeschränkung und Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels spürbar sind (zB EuGH Rs 5/69, Völk/Vervaecke, Slg 1969, 295 Rz 7).
Dass die Antragsgegnerin eine Unternehmensvereinigung im Sinn dieser Vorschrift darstellt, ist nicht strittig (vgl EuGH Rs C-309/99, Wouters ua, Slg 2002, I-1577, Rz 45 ff; Rs 136/86, BNIC/Aubert, Slg 1987, 4808, Rz 13).
Die neuere Rechtsprechung des EuGH zeigt die Tendenz, den Begriff „Beschlüsse" iSd Art 81 EG weit auszulegen. So hat der EuGH ausgesprochen, dass eine Empfehlung, selbst wenn sie nicht verbindlich ist, der Anwendung des Art 81 EG (ex Art 85 EGV) nicht entzogen ist, wenn der Beschluss ein getreuer Ausdruck des Willens des Verbandes war, das Verhalten der Mitglieder auf dem Markt der Empfehlung zu koordinieren; dann liegt ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung vor (EuGH verb Rs 96 - 102, 104, 105, 108 und 110/82, IAZ, Slg 1983, 3369 Rz 20; Rs 45/85, Verband der Sachversicherer, Slg 1987, 405 Rz 32). Selbst wenn der Beschluss die Empfänger der Empfehlung nicht faktisch bindet, weil sie sich dieser entziehen können, ohne Nachteile rechtlicher, wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Art in Kauf nehmen zu müssen, liegt der Tatbestand des Beschlusses vor, wenn mehrere Mitglieder der Vereinigung freiwillig der Aufforderung zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen nachkommen (vgl EuGH Urteil „IAZ" aaO Rz 21; Schröter in Groeben/Schwarze6, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Art 81 EG Abs 1 Rz 66 mwN; Koppensteiner3, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht, § 17 Rz 18, der auch ausführt, dass damit die Behandlung der Verbandsempfehlungen nach österreichischem Kartellrecht kaum vereinbar ist).
Nach den Feststellungen hat die Antragsgegnerin mit der Verfassung und Hinausgabe der HOB angestrebt, dass sich die aus der HOB ergebenden Honorare am Markt durchsetzen. Dass die HOB als getreuer Ausdruck des Willens der Antragsgegnerin anzusehen ist, das Verhalten ihrer Mitglieder - planende Baumeister - auf dem Markt der baumeisterlichen Planungs- und Betreuungsleistungen zu koordinieren, wird weiters auch dadurch deutlich, dass die HOB weitgehend wie ein anordnendes Regelwerk formuliert ist (vgl 16 Ok 8/98), die sehr detaillierten Honorarordnungen über Jahrzehnte hinweg herausgegeben und laufend angepasst wurden. Schließlich steht auch fest, dass ein Großteil der Empfänger der Empfehlung diese nach wie vor befolgt, indem sie die HOB für die Erstellung der Angebote - auch in Bezug auf die Höhe des Honorars (vgl die im Rahmen der Beweiswürdigung auf S 22 getroffene Feststellung) - verwenden. Die HOB beruhen daher auf einem Beschluss der Antragsgegnerin im Sinne des Art 81 Abs 1 EG.
Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH brauchen die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt zu werden, wenn diese ersichtlich eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt. Dies gilt auch für den Beschluss einer Unternehmensvereinigung (EuGH Urteil „Verband der Sachversicherer" Slg 1987, 405 Rz 39). Der EuGH hat befunden, dass schon die Festsetzung von Preisen durch eine Unternehmensvereinigung, sei es auch nur von Richtpreisen, den Wettbewerb dadurch beeinträchtigt, dass diese Richtpreise sämtlichen Teilnehmern am Kartell die Möglichkeit geben, mit hinreichender Sicherheit vorauszusehen, welche Preispolitik ihre Konkurrenten verfolgen werden (EuGH Rs 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren, Slg 1972, 977 Rz 18/22). Dass die

Antragsgegnerin die Wettbewerbsbeschränkung bezweckte, ergibt sich zum einen aus der Feststellung, dass die Entscheidungsträger der Antragsgegnerin mit der Beschlussfassung auch anstrebten, dass sich die aus der HOB ergebenden Honorare am Markt durchsetzen, zum anderen auch - wie das Erstgericht zutreffend aufzeigte - aus der Behauptung der Üblichkeit der empfohlenen Honorare und den festgestellten vorschreibenden Passagen des Regelwerks. Hatte aber der Beschluss der Verbandsempfehlung die Beschränkung des Wettbewerbs zum Ziel, so ist es unerheblich, wenn die festgesetzten Preise in der Praxis nicht beachtet werden, indem Nachlässe gewährt werden (vgl EuGH Rs 246/86, Belasco, Slg 1989, 2117 Rz 15/16; Schröter aaO Art 81 EG Abs 1 Rz 145 mwN aus der Rspr des EuGH). Im Sinn dieser Rechtsprechung hat das Erstgericht zutreffend eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinn des Art 81 Abs 1 lit a EG bejaht. Dass nach den gegenwärtigen Marktverhältnissen Honorare in sich laut HOB ergebender Höhe nur noch in Einzelfällen - dies aber immer wieder - vereinbart und verrechnet werden, ist für die Beurteilung der Preisfestsetzung als Wettbewerbsbeschränkung ohne Bedeutung. Da es sich bei den in Art 81 Abs 1 EG angeführten Beispielen um Wettbewerbsbeschränkungen handelt, die schon ihrer Natur nach schwer ins Gewicht fallen, sind sie grundsätzlich auch spürbar (Schröter aaO Art 81 EG Abs 1 Rz 141).
Was die Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels angeht, so hat nach der Rechtsprechung des EuGH (jüngst etwa Urteil „Wouters ua" Slg 2002, I-1577 Rz 95 mwN) ein Kartell, das sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstreckt, schon seinem Wesen nach die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen, indem es die vom Vertrag gewollte wirtschaftliche Verflechtung behindert. In der im Rekurs angeführten Entscheidung in den verbundenen Rs C-215/96 und C-216/96, Bagnasco ua, Slg 1999, I-135 Rz 47 f, verneinte der EuGH den Zwischenstaatsbezug eines das gesamte Gebiet Italiens erfassende Kartells, ohne auf diese Rechtsprechung einzugehen. Im Hinblick auf das Urteil „Wouters" ist aber davon auszugehen, dass der EuGH diesen Gesichtspunkt nicht aufgegeben hat. Dem Rekurs ist jedoch zuzugeben, dass allein eine schematische Wiederholung der obengenannten Formel des EuGH zur Begründung nicht ausreicht (EuGH Rs 73/74, Papiers peints de Belgique, Slg 1975, 1491 Rz 25/27; Schröter aaO Art 81 EG Abs 1 Rz 186). Das hat das Erstgericht indes nicht getan. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist eine Vereinbarung zwischen Unternehmen oder ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell in einem der Erreichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteiligen Sinn beeinflussen kann. Somit ergibt sich eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels regelmäßig aus dem Zusammenwirken mehrerer Umstände, die für sich genommen nicht in jedem Fall erheblich wären. Art 81 Abs 1 EG fordert ferner nicht, dass die dort genannten Vereinbarungen den innergemeinschaftlichen Handel tatsächlich spürbar beeinträchtigen, sondern verlangt nur den Nachweis ihrer Eignung, eine derartige Wirkung zu entfalten (vgl zum Ganzen EuGH Urteil „Bagnasco" aaO Rz 47 mwN).
Im Anlassfall ist zunächst davon auszugehen, dass die Verbandsempfehlung an alle planenden Baumeister in ganz Österreich gerichtet ist, der Beschluss der Antragsgegnerin daher das gesamte Gebiet Österreichs erfasst. Die HOB betreffen auch Leistungen, die österreichische planende Baumeister für Kunden in anderen Mitgliedstaaten erbringen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass nach den Feststellungen des Erstgerichts inländische öffentliche Auftraggeber auch von ausländischen Anbietern Angebotslegung und Verrechnung auf der Basis der HOB oder der Honorarordnung der Architekten verlangen. Ins Gewicht fällt weiters, dass neben der HOB

Honorarordnungen mit im Wesentlichen gleichen Honorarempfehlungen bestehen, die die Mitglieder der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für gleichartige Leistungen anwenden. Die kumulative Wirkung all dieser Honorarempfehlungen ist zu berücksichtigen (vgl Schröter aaO Art 81 EG Abs 1 Rz 184). Diese Umstände sind geeignet, ausländischen Anbietern den Marktzutritt zu erschweren. Zu berücksichtigen ist weiters der Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft mit den von der Verbandsempfehlung erfassten Dienstleistungen von 126 Mio EUR und - wegen der eben dargestellten kumulativen Wirkung der anderen Honorarempfehlungen - der Gesamtumsatz des Bauplanungsmarktes von 2.899 Mio EUR. Vor diesem Hintergrund sind die tatsächlichen oder möglichen Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handels erheblich.
Aus all diesen Gründen hat die Antragsgegnerin durch Beschluss, Ausgabe und Aufrechterhaltung der HOB Art 81 Abs 1 EG verletzt.
Gemäß Art 81 Abs 3 EG können die Bestimmungen des Abs 1 für nicht anwendbar erklärt werden auf Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen, 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 der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Hiezu macht der Rekurs nur geltend, aus dem Verfahren 25 Kt 329/98 gehe hervor, dass die HOB einen Schutz vor überhöhten marktunüblichen Honorarforderungen seitens des Auftragnehmers darstellten. Dem ist zu erwidern, dass nach den Feststellungen die am Markt erzielbaren Honorare für die von der Verbandsempfehlung erfassten Leistungen deutlich unter den sich aus der HOB ergebenden Honoraren liegen, sodass von einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn nicht die Rede sein kann. Im Übrigen ist auf die zutreffende Begründung des Erstgerichts zu verweisen.
Der Rekurs stellt nicht in Frage, dass das Kartellgericht gemäß § 42f KartG iVm der VO (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, die seit dem 1. 5. 2004 unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt und in allen ihren Teilen verbindlich ist (Art 45 der VO), ermächtigt ist, den Widerruf einer unverbindlichen Verbandsempfehlung im Sinn des § 31 KartG aufzutragen, wenn die Empfehlung gegen Art 81 Abs 1 EG verstößt. Schon vor Inkrafttreten der VO (EG) Nr 1/2003 wurde zum Anwendungsbereich des Widerrufauftrags nach § 33 KartG die Auffassung vertreten, dass davon der Fall der Gesetzwidrigkeit der unverbindlichen Verbandsempfehlung erfasst ist, auch wenn § 33 KartG dies nicht ausdrücklich vorsieht (Koppensteiner, Östereichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³, 210 Rz 14). Im Hinblick auf die Bestimmung des Art 5 VO (EG) Nr 1/2003, wonach die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten für die Anwendung der Art 81 und 82 EG in Einzelfällen zuständig sind und hierzu von Amts wegen oder auf Grund einer Beschwerde Entscheidungen erlassen können, mit denen die Abstellung von Zuwiderhandlungen angeordnet wird, ist dieser Auffassung zu folgen.
Dem Rekurs ist ein Erfolg zu versagen.

Anmerkung
E79341
16Ok45.05

Dokumentnummer
JJT/20051220/OGH0002/0160OK00045/0500000/000

Seitenanfang