

Schwarzenbergplatz 4, 1031 Wien Österreich T: +43 1 711 35-2341 Fax: +43 1 711 35-2923 rechtspolitik@iv-net.at www.iv-net.at

An das Austrian Financial Reporting and Auditing Committee Schönbrunner Straße 222 - 228/1/6 1120 Wien

Per email:

office@afrac.at

Wien, am 5. März 2015

IV Stellungnahme zum Entwurf der Stellungnahme "Form der Einbeziehung österreichischer Bau-Arbeitsgemeinschaften in einen IFRS-Konzernabschluss"

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Industriellenvereinigung (IV) bedankt sich für die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zum vorliegenden Entwurf der Stellungnahme "Form der Einbeziehung österreichischer Bau-Arbeitsgemeinschaften in einen IFRS-Konzernabschluss" ("Entwurf").

A. Allgemeine Anmerkungen

Wir begrüßen, dass das Thema der Beurteilung der österreichischen Bau-ARGE in GesbR-Form nach IFRS aufgegriffen wurde, da dies von wesentlicher Bedeutung für IFRS-bilanzierende Bauunternehmen ist und bisher noch nicht systematisch bearbeitet wurde.

Grundsätzlich stimmen wir mit dem Entwurf der Stellungnahme überein, sehen jedoch in einigen Bestimmungen Nachbesserungsbedarf.

B. Anmerkungen im Detail

Im Folgenden dürfen wir nun zu den angesprochenen Punkten im Entwurf im Detail Stellung nehmen. In concreto dreht es sich dabei um Rz 9.

Zu Rz 9:

Wir halten die Formulierungen in Rz 9, wonach mehrgliedrige ARGEn gemäß ARGE-GO nicht in den Anwendungsbereich von IFRS 11 fallen sollen, für verfehlt. Trotz der Regelung in Pkt. 4.1.5 der ARGE-GO, wonach einige Firmenratsentscheidungen mit einfacher Mehrheit nach dem Verhältnis der Beteiligungsverhältnisse getroffen werden können, ist unserer Ansicht nach davon auszugehen, dass hier in der Regel keine Beherrschung des



Mehrheitspartners vorliegt, weil über die maßgeblichen Tätigkeiten gemeinsam entschieden wird.

Wesentlich für die Überprüfung, ob eine Beherrschung vorliegt, ist die Frage, wer die Verfügungsmacht (Power) über die Arbeitsgemeinschaft ausübt. Entscheidend für die Vollkonsolidierung ist - neben dem Vorliegen von relevanten Rechten - die wirtschaftliche Betrachtungsweise der Unternehmensbeziehung. Von besonderer Bedeutung sind insbesondere folgende Aspekte:

- (a) Sinn, Zweck und Struktur der Gesellschaft.
- (b) Sind Stimmrechte maßgeblich bei der Beherrschung der wertschöpfenden Prozesse?
- (c) Identifizierung der Tätigkeiten, die die Rendite signifikant beeinflussen.
- (d) Falls mehrere maßgebliche Tätigkeiten vorliegen, ist festzulegen, wer die relevantesten bestimmt.

Dazu im Einzelnen wie folgt:

- (a) Zweck der ARGE ist die gemeinsame Durchführung des übertragenen Bauprojektes. Dazu zählen auch alle Neben- und Zusatzarbeiten, die mit dem Bauvorhaben zusammenhängen und im Zuge der Arbeitsdurchführung an die ARGE vergeben werden (Pkt. 1.1. der ARGE-GO).
- (b) Maßgeblichkeit der Stimmrechte: Zur Bestimmung, wer die Verfügungsmacht hat, ist vorweg zu analysieren, wie die Verfügungsmacht ausgeübt wird. IFRS 10.B15 führt hier beispielhaft Stimmrechte, Bestellungs- und Widerrufsrechte für die relevanten Organe (v.a. der Firmenrat, die kaufmännische und technische Geschäftsführung) an, oder auch die Festlegung des Budgets. Insbesondere da wesentliche operative und finanzielle Entscheidungen bereits vertraglich vorbestimmt sind, kann nicht davon ausgegangen werden, dass Stimmrechte für die Ausübung der Verfügungsmacht (alleinig) relevant sind (IFRS 10.B17). Es sind daher weitere Analysen der maßgeblichen relevanten Aktivitäten und der Rechte, diese zu steuern, vorzunehmen.
- (c) Die <u>maßgeblichen Tätigkeiten</u>, die die Rendite der ARGE beeinflussen, sind nachfolgend aufgelistet:
 - (1) Angebotsabgabe, Kalkulation des Bauprojekts
 - (2) Verhandlung mit dem Auftraggeber, Abschluss Bauvertrag
 - (3) Festlegen der kaufmännischen und technischen Geschäftsführung
 - (4) Beschaffung von Geräten und Personal
 - (5) Vergabe von Subunternehmerleistungen, Lieferungen
 - (6) Bestellung Bauleiter
 - (7) Bauausführung Routine
 - (8) Bauausführung Nachtragsmanagement (soweit im Bauauftrag nicht abgedeckt)
 - (9) Erbringen von Zusatzleistungen (soweit aus Bauauftrag ableitbar)
 - (10) Finanzierung
 - Ad (1) und (2): Bau-Arbeitsgemeinschaften werden zur gemeinsamen Durchführung des den Partnerfirmen übertragenen Hauptauftrages gegründet. Bei öffentlichen Ver-



gabeverfahren beschließen die zukünftigen ARGE-Partner gemeinsam als Bietergemeinschaft für den Auftrag anzubieten. Die Bietergemeinschaft tritt im Vergabeverfahren bereits nach außen hin auf und ist als GesBR anzusehen. In der Regel wird ein ARGE-Vorvertrag abgeschlossen, der das Beteiligungsverhältnis, die kfm. und technische Geschäftsführung und Vergütungssätze regelt. Für den ARGE-Vorvertrag gilt das Einstimmigkeitsprinzip, das auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass das Angebot von sämtlichen Partnergesellschaften zu unterfertigen ist. Im Bereich der privaten Aufträge gilt eine analoge Vorgehensweise; der Begriff der Bietergemeinschaft ist auf öffentliche Aufträge begrenzt. Bei Auftragserteilung wird dann der formale ARGE-Vertrag abgeschlossen.

Die Angebotsabgabe, Kalkulation und Abschluss des Bauvertrages erfolgen daher gemeinschaftlich; in dieser Phase hat keiner der Partner rechtliche oder faktische Möglichkeiten, die anderen Partner zu beherrschen.

Ad (3) und (4): Mit Abschluss des ARGE-Vertrages bzw. ARGE-Vorvertrags (dem jeder Partner zustimmen muss) werden die kaufmännische und technische Geschäftsführung bestimmt (in der Regel ist die kaufmännische und technische KV immer getrennt bei verschiedenen Partnergesellschaften) sowie die Verrechnungssätze für Personal, Gerät, Kleingerät, Ersatzteile und Transportleistungen und sonstige Partnerleistungen festgelegt.

Die GO enthält hier sehr detaillierte Regelungen zu den Punkten Geräte und Personalbeistellungen, Transportkosten, Material und Kleingeräte, so dass in diesen Fällen in der Regel keine Unklarheiten bestehen, die einer Beschlussfassung im Firmenrat bedürfen. Eine Änderung wäre nur über eine Vertragsänderung möglich, die einen einstimmigen Beschluss erfordert.

Ad (5): Im ARGE-Vertrag wird auch eine Betragsgrenze für Subunternehmerleistungen und Lieferungen festgelegt, für deren Vergabe eine Zustimmung im Firmenrat erforderlich ist. Ebenso muss der Firmenrat der Vergabe von Subaufträgen an ARGE-Partner zustimmen.

In Punkt 12. der GO ist eine gemeinsame Öffnung der Angebote vorgesehen. Es sind alle Partnergesellschaften von der Angebotseröffnung zu verständigen und sämtliche Partnergesellschaften können an der Angebotseröffnung teilnehmen.

Ist eine Partnergesellschaft Bestbieter, ist diesem Partner ohne weitere Verhandlungen der Auftrag zu erteilen, sofern der angebotene Preis in der gemeinschaftlichen Kalkulation Deckung findet. Ist der Bestbieter kein ARGE-Partner, haben die ARGE-Partner, deren Angebot nicht mehr als 5% über dem unverhandelten Angebot des Bestbieters liegen, ein Einstiegsrecht zum letzten Verhandlungsergebnis des fremden Subunternehmers.



Es sind daher in der GO mit Abschluss des ARGE-Vertrages die Kosten von Subaufträgen mit dem Wert des Bestbieters festgelegt.

Ad (6): Die Bauleitung wird ebenfalls mit Abschluss des ARGE-Vertrages von den Partnern gemeinsam bestimmt. Die Bauleitung ist für die Durchführung des Bauauftrages im Einvernehmen mit der kaufmännischen und technischen Geschäftsführung verantwortlich. Daraus ergibt sich auch, dass in wesentlichen Fragen der Bauausführung zumindest eine Einigung zwischen kaufmännischer und technischer Geschäftsführung, welche von unterschiedlichen Partnergesellschaften wahrgenommen wird, erforderlich ist.

Die Bauausführung wird dann durch die Bauleitung gemeinsam mit der Geschäftsführung durchgeführt. Können sich die Geschäftsführer nicht einigen oder gibt es wesentliche Fragen, werden diese dem Firmenrat zur Entscheidung vorgelegt. Bei einem plangemäßen Verlauf der Baustelle kann die Bauabwicklung als Routinetätigkeit angesehen werden.

Ad (7): Es kann vorkommen, dass bei der Bauausführung Probleme auftreten, da Leistungen erforderlich sind, die in der Kalkulation nicht berücksichtigt wurden, die kalkulierten technischen Lösungen nicht zielführend sind oder unerwartete Mängel entstehen. In diesen Fällen werden die wesentlichen Entscheidungen über die weitere Vorgehensweise, zu stellende Nachträge u. dgl. intensiv zwischen den Partnern diskutiert und im Firmenrat entschieden. Auf Basis der GO kann der Mehrheitspartner hier final entscheiden.

Obwohl hier gemäß ARGE-Geschäftsordnung eine Mehrheitsentscheidung vorgesehen ist, wird in der Praxis immer gemeinschaftlich entschieden. Dies ergibt sich aus Punkt 2.3. der GO, der explizit regelt, dass alle Partner ihre kaufmännischen und technischen Erfahrungen zur Durchführung des Bauauftrages zur Verfügung zu stellen haben.

Die Entscheidung wird auch deshalb faktisch gemeinschaftlich getroffen, weil über die Finanzierung und die solidarische Haftung alle Partner die Entscheidung mit verantworten müssen. Die Beschaffung von Barkrediten ist gemäß 4.1.3. der GO immer einstimmig zu entscheiden. Erfolgt die Finanzierung durch die Partnergesellschaften der ARGE, ist die Verpflichtung zum Leisten von Einschüssen aufgrund der GO gegeben.

Ad (8): Explizite Regelungen z.B. zum Nachtragsmanagement sind in der GO nicht enthalten. Soweit Nachträge über das bisherige Auftragsverhältnis hinausgehen, ist jedenfalls eine Zustimmung aller ARGE-Partner erforderlich, da damit auch eine Änderung des ARGE-Vertrages einhergehen würde (Pkt. 4.1.3. GO).

Ad (9): Für die Erbringung von Neben- und Zusatzarbeiten ist das Einverständnis zwischen technischer und kaufmännischer Geschäftsführung herzustellen. Kann hier keine Einigung erzielt werden, entscheidet der Firmenrat. In der Praxis ergeben sich



keine Probleme bei der Erbringung von beauftragten Zusatzleistungen, da diese gut kalkulierbar sind.

Ad (10): Grundsätzlich sind die Finanzmittel zur Baudurchführung von allen Gesellschaftern zur Verfügung zu stellen; die Mittel werden aufgrund eines Finanzplans von der kaufmännischen Geschäftsführung angefordert. Die Aufnahme von Barkrediten, die Avale sowie die Verwendung von Vorauszahlungen und Bauherrnzahlungen bedürfen immer der einstimmigen Zustimmung der Partnergesellschaften.

Weitere Festlegungen im ARGE-Vertrag und der ARGE-GO:

Neben diesen detaillierten Regelungen und maßgeblichen Tätigkeiten, die bereits beim Abschluss des ARGE-Vertrages geregelt sind bzw. gemeinsam zu entscheiden sind, enthalten ARGE-Vertrag und ARGE-GO mehrere weitere Regelungen, die auf eine gemeinsame Abwicklung des Bauvorhabens abzielen.

Dies wird einerseits in Punkt 1.1. (Zweck der ARGE) sowie in Punkt 2 der GO (Gesellschafterbeiträge) deutlich. Auch aus der Bestimmung des Punktes 5 (Geschäftsführung) geht hervor, dass nicht ein Partner die Führungsrolle haben soll, sondern dass in wesentlichen und grundsätzlichen Fragen das gegenseitige Einvernehmen der beiden Geschäftsführungen herzustellen ist. Das entspricht dem Zweck der ARGE, diese gemeinschaftlich zu führen. Eine Beherrschung eines ARGE-Partner ist hier nicht vorgesehen bzw. gewollt.

Pkt 17.2. enthält zudem eine Regelung, wonach ein Partner der ARGE, der durch eine Gesamtrechtsnachfolge die Mehrheit in der ARGE erhalten hat, die Stimmrechte über 50% an die anderen Partner übertragen muss.

Einzig, um bei Mehrpartner-ARGEn die Handlungsfähigkeit der ARGE zu gewährleisten, wurde als Eskalationsszenario die Mehrheitsentscheidung des Firmenrates normiert. Ähnlich dazu ist die Regel im deutschen Mustervertrag, der bei unaufschiebbaren Beschlüssen, wenn keine Einigkeit zwischen den Partnern erzielt werden kann, auch die einfache Stimmenmehrheit vorsieht. Auch im ARGE-Mustervertrag der Schweiz ist dann die Beteiligungsmehrheit normiert, wenn die doppelte Mehrheit von Gesellschafterstimmen und Beteiligungsmehrheit nicht erzielt werden kann. In der Praxis sind diese Fälle aber selten.

(d) Gesamtbeurteilung der Relevanz der Tätigkeiten

Das Ergebnis der Analyse ist in nachfolgender Tabelle zusammengefasst, ergänzt um eine Einschätzung, in welchem Ausmaß die jeweiligen Tätigkeiten das Projektergebnis beeinflussen (Relevanz der Tätigkeit) und wie die Entscheidungsfindung erfolgt (ge-"gemeinschaftlich" sind solche oder mehrheitlich). Unter meinschaftlich auf Grund eines die entweder angeführt, Entscheidungen Einstimmigkeitserfordernisses in der GO, im ARGE-Vertrag oder im ARGE-Vorvertrag nur gemeinsam entschieden werden können, oder die nur durch eine Abänderung des



ARGE-Vertrages geändert werden können. Im letzteren Fall ist dies auch nur möglich, wenn alle ARGE-Partner zustimmen (siehe Pkt. 4.1.3. GO).

Nr	Tätigkeiten	Relevanz der Tätigkeit	gemeinschaftlich	mehrheitlich
(1)	Angebotsabgabe/ Kalkula- tion	sehr hoch	✓	
(2)	Verhandlung mit dem Auf- traggeber/ Abschluss Bau- vertrag	sehr hoch	✓	
(3)	Festlegen der Geschäfts- führung	hoch	✓	
(4)	Beschaffung von Geräten und Material	hoch	✓	
(5)	Vergabe von Subunter- nehmerleistungen	hoch	✓	(✓)
(6)	Bestellung Bauleiter	hoch	✓	
(7)	Bauausführung Routine	mittel		✓
(8)	Bauausführung Besonder- heiten (nicht durch den bis- herigen Auftrag abgedeckte Nachträge)	sehr hoch	✓	
(9)	Erbringen von Zusatz- leistungen (durch den bis- herigen Auftrag abgedeckte Nachträge)	mittel		1
(10)	Fremdfinanzierung	mittel	1	

Ad (1) und (2): Diese Tätigkeiten werden gemeinschaftlich vor Abschluss des formalen ARGE-Vertrags auf Basis einer GesBR nach dem Einstimmigkeitsprinzip durchgeführt.

Ad (3), (4), (5), (6) und (7): Die relevanten Entscheidungen für diese Aktivitäten sind zumindest überwiegend durch den ARGE-Vertrag geregelt. Eine Abänderung bedarf einer einstimmigen Beschlussfassung (Pkt. 4.1.3. GO) und stellt daher Elemente einer gemeinschaftlichen Führung dar.

Ad (8): Nachträge sind gemäß IFRS (insbesondere IAS 11) nicht definiert, sondern stellen einen industriespezifischen Begriff dar. IAS 11, Par 13 und 14 unterscheidet



zwischen Abweichungen, das sind Änderungen der vertraglichen Leistungserbringung auf Anweisung des Kunden bei der Durchführung, und Ansprüchen, die für nicht durch den Bauauftrag abgedeckten Kosten eingefordert werden. Ansprüche sind häufig strittig und beziehen sich nicht auf Leistungen, die vom Kunden explizit angefordert wurden. Nachträge decken Nachverrechnungen auf Basis diverser Grundlagen ab (z.B. auf Basis von Preisgleitklauseln, Zusatzleistungen, Beschleunigungsmaßnahmen, Weiterverrechnung von Zusatzkosten von Subunternehmern etc.). Die hier vorgenommene Unterscheidung in durch den Auftrag abgedeckte und nicht abgedeckte Nachträge erfolgte, da in beiden Fällen unterschiedliche Mehrheiten für Entscheidungen erforderlich sind. Sind Nachträge nicht durch den Auftrag abgedeckt, so wird das bestehende Auftragsverhältnis abgeändert, bzw. überhaupt ein neues Auftragsverhältnis eingegangen. Eine Verpflichtung der Minderheit, einen neuen Auftrag einzugehen, ist ohne Zustimmung dieser nicht möglich, daher kann hier nur gemeinschaftlich entschieden werden. Einstimmigkeit ist für Abänderungen des Vertrages auch explizit in Pkt. 4.1.3. der GO vorgesehen.

Von den Entscheidungen wird insgesamt der deutlich größere Anteil gemeinschaftlich getroffen. Mehrheitliche Entscheidungen - vor allem die Bauausführung und vertraglich abgedeckte Zusatzleistungen - haben einen moderaten Einfluss auf die Gesamtmarge. Die Bestimmungsmacht über die relevantesten Tätigkeiten liegt auf Grund der Analyse nicht beim Mehrheitspartner. Beherrschung liegt folglich nicht vor, eine Vollkonsolidierung wäre daher in aller Regel nicht sachgerecht¹.

Resümee aus Sicht der Industriellenvereinigung

Stimmrechte sind nur eingeschränkt relevant. Den wesentlichsten Einfluss auf die Beurteilung hat die Tatsache, dass der überwiegende Teil der Entscheidungen durch den Vertrag vorbestimmt ist und nur durch eine einstimmige Änderung des Vertrages noch beeinflusst werden kann.

Unseres Erachtens liegt daher die Bestimmungsmacht über die relevantesten Tätigkeiten in aller Regel nicht beim Mehrheitseigentümer. Wir erachten daher die Beherrschung - und damit die Vollkonsolidierung - nicht als den Standardfall bei Mehrheits-ARGEn.

Demgemäß schlagen wir in folgenden Punkten eine Abänderung der AFRAC-Stellungnahme vor:

(1) Arbeitsgemeinschaften (ARGEN) sind eine sehr gebräuchliche Form der Kooperation in der Bauwirtschaft. Zwei oder mehrere Bauunternehmer schließen dabei basierend auf

.

¹ Bei einzelnen Aufträgen könnte es sein, dass nicht klar feststellbar ist, welche die relevanteste Tätigkeit ist. In solchen Fällen wäre eine weitergehende Analyse von sonstigen Faktoren vorzunehmen (siehe IFRS 10.B19 ff). Auch in diesem Fall wird konkludiert, das eine reine Mehrheitsentscheidung auf Grund wirtschaftlicher Überlegungen keine Substanz hat.



der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) eine gemeinsame Vereinbarung - in der Regel auf Basis des ARGE-Vertrags und der Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschafts-Verträge. Die Anwendung von IFRS 11 *Gemeinsame Vereinbarungen (Joint Arrangements)* setzt einstimmige Entscheidungen für die maßgeblichen Tätigkeiten voraus.

- (9) Bei Bau-ARGEN mit zwei Partnern ist unabhängig von der Höhe der Beteiligung der einzelnen Partner gemäß Abschnitt 4.2.1. der Geschäftsordnung bei allen Entscheidungen Einstimmigkeit erforderlich. Sie unterliegen daher den Regelungen von IFRS 11.
- (10) Bei Bau-ARGEN, an denen mehr als zwei Partner beteiligt sind, sieht die Geschäftsordnung in den Abschnitten 4.1.3. und 4.1.5. Beschlüsse mit einfacher Mehrheit
 sowie einstimmige Beschlüsse vor. Darüber hinaus werden Entscheidungen über
 maßgebliche Tätigkeiten bereits im ARGE-Vertrag bestimmt, der von allen
 Vertragsparteien abgeschlossen wird. Auch die Bau-ARGE mit mehr als zwei Partnern
 fällt somit in der Regel in den Anwendungsbereich von IFRS 11.

Wir danken für die Kenntnisnahme der Anliegen der Industrie und ersuchen um deren Berücksichtigung.

Mit freundlichen Grüßen

INDUSTRIELLENVEREINIGUNG

Mag Alfred Heiter

Bereichsleitung Finanzpolitik & Recht