



Institut für Schweizerisches  
und Internationales Baurecht

# Schweizerische Baurechtstagung

...für alle, die bauen.

## Freiburg 2019

**Hubert Stöckli** Vom Recht der technischen Normen  
**Frédéric Krauskopf** Neues Verjährungsrecht: Merkmale für das Bauen  
**Roland Hürlimann** Zivilprozesse in Bausachen: die wunden Punkte  
**Roger König** Vom Mangelfolgeschaden: Grundzüge und Streitfragen  
**Hans-Ulrich Brunner** Risiken aus neuen Kooperationsformen  
**Annette Lenzlinger** Wartungsverträge: Abschluss, Eckwerte, Haftung  
**Patrick Middendorf** Normpositionen-Katalog (NPK)  
**Jörg Schmid** Einbau von eigenem Material auf fremdem Grund  
**Thomas Wipf** Widerrechtlich gebaut: wie es dann weitergeht  
**Peter Heer** Bauen in Inventargebieten (ISOS, BLN und IVS)  
**Michael Tschudin** Bau-Kartellrecht: wie die Dinge stehen  
**Peter Reetz** Erwerb belasteter Standorte: Risiken richtig regeln  
**Christof Riedo** Wirtschaftskriminalität: auch im Baubereich  
**Rudolf Muggli/Bernhard Waldmann/Thomas Siegenthaler/Hubert Stöckli**  
Neue Urteile, neue Entwicklungen – öffentliches Recht/Privatrecht

# Bau-Kartellrecht: wie die Dinge stehen

**Michael Tschudin**, *Dr. iur.*, *PG Diploma in Economics for Competition Law (King's College London)*, *Rechtsanwalt, Zürich*

## Kernaussagen

- I. Aktuelle Kartellverfolgung**
  - A Durchsetzung durch die Wettbewerbsbehörden
  - B Vergaberechtliche Durchsetzung
  - C Zivilrechtliche Durchsetzung
- II. Submissionsabrede**
  - A Einzelsubmissionsabrede
  - B Gesamtabrede
  - C Informationsaustausch
- III. ARGE**
- IV. Honorar-, Tarif- und Preisempfehlungen**

## Kernaussagen

1. Gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts verfolgen die Wettbewerbsbehörden bei harten Wettbewerbsabreden einen formbasierten Ansatz. Die effektiven Wirkungen einer harten Abrede über Preis, Menge, Gebiete oder Geschäftspartner sind daher kaum relevant. Wird einem Unternehmen die Beteiligung an einer Submissionsabrede über die Zuteilung eines Projekts nachgewiesen, folgt somit in der Regel eine Sanktionierung.
2. Submissionsabreden sind Abreden zwischen Wettbewerbern über ihr Eingabeverhalten bei privaten oder öffentlichen Ausschreibungen mit dem Ziel, das Ergebnis der Ausschreibung zu beeinflussen. Obwohl Arbeitsgemeinschaften in der Regel den Wettbewerb beleben, kann auch diese Koordinationsform als Wettbewerbsabrede aufgefasst werden, insofern die beteiligten Bauunternehmen das entsprechende Projekt grundsätzlich auch eigenständig durchführen könnten. Daher empfiehlt sich die Dokumentation der Gründe für die Bildung solcher ARGE jeweils im Voraus.
3. Submissionsabreden werden von den Wettbewerbsbehörden in einer sogenannten Gesamtabrede zusammengefasst, wenn ein Plan nachgewiesen werden kann, über eine gewisse Dauer mehrere Projekte aufzuteilen. Die Beteiligung und die Umsetzung der einzelnen Submissionsabrede im Rahmen einer Gesamtabrede muss dem einzelnen Unternehmen nach aktueller Position der Wettbewerbsbehörden nicht nachgewiesen werden, um es zu sanktionieren.
4. Gespräche zwischen Wettbewerbern über einzelne Projekte können auch ohne Submissionsabrede als unzulässiger Informationsaustausch eingestuft werden.
5. Neben kartellrechtlichen Sanktionen sind zivilrechtliche Schadenersatzansprüche von Vergabestellen sowie vergaberechtliche Sanktionen zu beachten, insbesondere der Ausschluss vom Vergabeverfahren.

## I. Aktuelle Kartellverfolgung

1. Das Kartellrecht richtet sich gegen schädliche, private Wettbewerbsbeschränkungen, in Abwesenheit staatlicher Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit. Mit anderen Worten sollen Unternehmen den Markt nicht untereinander organisieren – in dem sie etwa Preise, Mengen, Gebiete oder Kunden festlegen bzw. aufteilen –, wenn der Staat das entsprechende Marktergebnis dem freien Spiel der Marktkräfte überlässt.

2. Aus ökonomischer Sicht sind Wettbewerbsbeschränkungen dann bedeutsam, wenn sie von Unternehmen mit einer gewissen Marktmacht ausgehen. Ohne Marktmacht lässt sich der als relevant definierte Markt nicht volkswirtschaftlich schädlich beeinflussen. Diese im rechtsvergleichenden Kontext eher permissive Betrachtungsweise konnte sich im Schweizer Kartellrecht nicht durchsetzen, obwohl es über den Begriff der «erheblichen Beeinträchtigung» von Abreden an sich einen entsprechenden Anknüpfungspunkt im Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG gibt.

3. Das Bundesgericht hat kürzlich den wirkungsbasierten Ansatz im Zusammenhang mit harten Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG praktisch abgeschafft. Die gesetzliche Vermutung in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, wonach gewisse harte Abreden den Wettbewerb beseitigen, wurde vom Bundesgericht kurzum ausgeweitet: Harte Abreden sind (abgesehen von Bagatellfällen) unabhängig von deren Effekt auf den Markt unzulässig, wenn sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden können. Dies ist erstaunlich, weil die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG umgestossen werden kann und oft auch effektiv umgestossen wird. Die gesetzliche Vermutung, wonach der Wettbewerb bei harten Abreden beseitigt ist, lässt sich in der Realität somit regelmässig nicht bestätigen. Im Gegensatz dazu kann die (höchst-)richterliche Vermutung, wonach harte Abreden den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen – abgesehen von Bagatellfällen – nicht umgestossen werden. Dies führt dazu, dass bei Wettbewerbsabreden Vertreter des formbasierten Ansatzes im Moment Oberwasser haben: Wenn eine Abrede einen bestimmten Inhalt hat, wird diese in der Regel und unbeachtet ihrer Effekte als problematisch angesehen.

4. Begründet wird diese strenge Auslegung des Gesetzes auch mit dem Zweckartikel des Kartellgesetzes. Gemäss Art. 1 KG sollen nicht nur volkswirtschaftlich, sondern auch sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen verhindert werden. Was mit sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen gemeint ist, ist noch nicht restlos geklärt. Meines Erachtens sollte dieser Begriff im Zusammenhang mit der volkswirtschaftlichen Schädigung gesehen werden, in dem auch soziale Kosten, welche beispielsweise nicht im Bruttoinlandprodukt Eingang finden, berücksichtigt werden sollten.<sup>1</sup> Nach der Auffassung von HEINEMANN seien aber nicht umgesetzte – und somit volkswirtschaftlich irrelevante – Wettbewerbsabreden immerhin als sozial schädlich zu betrachten.<sup>2</sup> Diese Sichtweise hat das Bundesgericht zumindest teilweise übernommen. Es erklärte, dass mit der Vereinbarung selbst und nicht erst mit der Umsetzung von harten Abreden «ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen [werde], das "volkswirtschaftlich oder sozial schädlich" für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs» sei.<sup>3</sup>

5. Der formbasierte Ansatz hat selbstverständlich auch Vorteile – vor allem für die Wettbewerbsbehörden. Bei der Bewertung einer Wettbewerbsabrede ist praktisch nur noch zu prüfen, ob diese auch als harte und somit als sanktionierbare Abrede zu qualifizieren ist. Kann dies bejaht werden,

<sup>1</sup> TSCHUDIN MICHAEL, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, Diss. Freiburg, Basel 2011, Rz. 211; auf diese Weise könnten beispielsweise Umweltaspekte in die Prüfung der wirtschaftlichen Effizienz einfließen. Zum Thema der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Vergaberecht vgl. etwa STEINER MARC, Nachhaltige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, BR/DC Sonderheft 2004, S. 54 ff.

<sup>2</sup> HEINEMANN ANDREAS, in: Zäch Roger/Arnet Ruth/Baldi Marino et al. (Hrsg.), Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Dike Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, N 98 zu Nach Art. 1 KG; DERS., Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29. Juni 2015.

<sup>3</sup> BGE 143 II 297/324 E. 5.4.2.

sind noch Effizienzgründe zu prüfen. In der bisherigen Praxis waren mit dem Nachweis von Effizienzgründen jedoch hohe Hürden verbunden. Da kaum mehr eine Effektanalyse erforderlich ist, tritt ferner bei harten Abreden die Abgrenzung des relevanten Marktes in den Hintergrund. Die Marktangrenzung ist immerhin noch für die Berechnung des Sanktionsbetrages von Bedeutung, da der Basisbetrag der Sanktion gemäss Art. 3 SVKG bis zu 10 Prozent des Umsatzes bildet, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten erzielt hat. Das Maximum der Sanktion liegt gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bei 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes, wobei Unternehmen gemäss Praxis der Wettbewerbsbehörde allerdings auch für umsatzlose Verstösse (z.B. Schutzgabe) sanktioniert werden können.<sup>4</sup>

6. Diese einführenden Überlegungen stellen die Weichen für das Prüfungsprogramm in Bezug auf harte, sanktionierbare Abreden. Dies gilt selbstverständlich auch für Wettbewerbsbeschränkungen im Baubereich. Auch vermeintlich sinnvolle oder unerhebliche Koordinationen stehen unter dem kartellrechtlichen Damoklesschwert, insbesondere, wenn sie den Preis betreffen. Das wird gerade bei Honorarordnungen bzw. Preisempfehlungen ersichtlich (Ziff. IV.). Bevor nun im Folgenden auf das Hauptthema, die Submissionsabrede (Ziff. II.) und deren Abgrenzung von zulässigen ARGE (Ziff. III.) eingegangen wird, sollen die Durchsetzung des Kartellrechts durch die Wettbewerbsbehörden (Ziff. I. A), die vergaberechtliche Durchsetzung (Ziff. I. B) und die zivilrechtliche Durchsetzung (Ziff. I. C) angesprochen werden.

## A Durchsetzung durch die Wettbewerbsbehörden

7. Die Wettbewerbsbehörden (also die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat) wurden angesichts älterer Fälle hinter vorgehaltener Hand kritisiert, man verfolge kaum volkswirtschaftlich relevante Wettbewerbsbeschränkungen. Damit verbunden wurde vereinzelt der Hinweis gegeben, man solle sich auf klare Formen von Preisabreden konzentrieren, zum Beispiel im Baubereich.

8. Per 1. September 2012 wurde im Sekretariat die neue Abteilung für den Baubereich (sogenannter «Dienst Bau») geschaffen.<sup>5</sup> In diesem Dienst wurden dazumal bereits laufende Untersuchungen im Baubereich zusammengefasst und die branchenspezifische Kartellverfolgung geschärft. Nicht zuletzt aufgrund der Allokation von personellen Ressourcen im Dienst Bau ist zu erwarten, dass in Zukunft weitere Fälle im Baubereich zumindest im bisherigen Umfang aufgegriffen und verfolgt werden.

9. Die Tätigkeit des Dienst Bau kann im Wesentlichen in drei Felder unterschieden werden. *Ers-**tens* sind Vorprüfungen von Verdachtsfällen zu nennen. Das Sekretariat kann im Rahmen von informellen Marktbeobachtungen oder Vorabklärungen (jeweils ohne Parteirechte der betroffenen Unternehmen) Verdachtsfälle vorläufig prüfen. Früher war das Sekretariat eher reaktiv tätig, d.h. Abklärungen wurden erst aufgrund einer Anzeige, einer Meldung oder einer Selbstanzeige durchgeführt. Für den Baubereich bedeutend ist neu aber das sogenannte Screening von Submissionsdaten. Das Sekretariat besorgt sich dazu während einer bestimmten Zeitdauer in einer bestimmten Region Offertöffnungsprotokolle von Vergabebehörden. Gestützt auf statistische Methoden werden Auffälligkeiten identifiziert. Beispielsweise können im Einzelfall signifikante Unterschiede zwischen einzelnen Regionen oder eine auffällige Verteilung der eingegebenen Offertpreise festgestellt werden. Alleine aufgrund der Resultate eines solchen Screenings wurde bereits in einem Fall eine Hausdurchsuchung durchgeführt.<sup>6</sup> Es ist davon auszugehen, dass dieses Screening-Tool in Zukunft verstärkt genutzt wird und das Sekretariat somit vermehrt selbstständig aktiv wird.

<sup>4</sup> BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.5.8.

<sup>5</sup> RPW 2013/1, S. 4; STÜSSI FRANK, Submissionsabreden im Fokus der Wettbewerbsbehörden, BR/DC 4/2013, S. 176 f.

<sup>6</sup> Verfügung der WEKO vom 8. Juli 2016 Rz. 47.

10. Während den informellen Abklärungen wird eine Triage durchgeführt. Nur diejenigen Fälle, in welchen sich die Anzeichen für unzulässige Wettbewerbsabreden erhärten, werden einer Untersuchung (mit Parteirechten) zugeführt. Aktuelle Erfahrungen zeigen, dass in dieser Triage auch berücksichtigt wird, ob bereits durch das informelle Verfahren des Sekretariats eine positive Wirkung auf den Markt erwirkt werden kann. Folglich riskieren Unternehmen, welche die Rechtsposition des Sekretariats während der Vorprüfung nicht akzeptieren und ihr Verhalten nicht entsprechend anpassen, eine Untersuchungseröffnung.

11. *Zweitens* sind die Untersuchungen und die daraus resultierenden Sanktionen zu nennen. Die Untersuchungspriorität liegt hierbei auf harten Abreden – also horizontale Abreden zwischen Wettbewerber über Preis, Mengen, Gebiete oder Kunden und vertikale Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen innerhalb der Wertschöpfungskette über die Marktabschottung mittels absolutem Gebietsschutz und die Preisbindung zweiter Hand.<sup>7</sup> Die der Form nach volkswirtschaftlich schädlichsten Abreden sollen verfolgt und mit entsprechenden Bussen geahndet werden. Eine vollständige Verfahrenseinstellung ist in diesem Verfahrensstadium eher selten. Der Nachteil der relativ umfassenden Triage während der Vorprüfung ist, dass sich die behördliche Auffassung zu einem konkreten Fall nach Untersuchungseröffnung selten grundlegend ändert. Während der Untersuchungsphase besteht die Möglichkeit zu einer einvernehmlichen Regelung.<sup>8</sup> Der Grossteil der bisherigen Praxis im Baubereich konzentrierte sich auf den Strassen- und Tiefbau.<sup>9</sup>

12. *Drittens* setzt der Dienst Bau einen Schwerpunkt auf die Prävention. Das Sekretariat sieht sich als Anwalt des Wettbewerbs und betrachtet die Prävention zurecht als wichtigen Beitrag zur Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen.<sup>10</sup> Im Baubereich stehen hier die Mitwirkung bei der Gesetzgebung in Bezug auf das Beschaffungsrecht und die Sensibilisierung bzw. Ausbildung von Beschaffungsstellen im Zentrum.<sup>11</sup> In diesem Zusammenhang sind auch die jüngsten Kontakte des Sekretariats mit verschiedenen Verbänden (SBV, SIA) und der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB), in Bezug auf Honorar-, Tarif- und Preisempfehlungen zu sehen.<sup>12</sup> Im Anschluss an diese Kontakte haben die entsprechenden Akteure die Empfehlungen des Sekretariats umgesetzt.<sup>13</sup>

## B Vergaberechtliche Durchsetzung

13. Das Vergaberecht enthält neben dem Kartellrecht eigenständige Bestimmungen im Umgang mit Wettbewerbsabreden. So kann die Auftraggeberin gemäss Art. 11 lit. e BöB den Zuschlag widerrufen oder Anbieter und Anbieterinnen vom Verfahren ausschliessen sowie aus dem Verzeichnis nach Art. 10 BöB streichen, wenn sie Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen. Die Kantone haben vergleichbare Vorschriften erlassen.<sup>14</sup> Damit verbietet das Vergaberecht mit entsprechenden vergaberechtlichen Sanktionen Submissionsabreden ebenfalls. Die vergaberechtlichen Bestimmungen werden parallel zu den

<sup>7</sup> RPW 2018/1, S. 2.

<sup>8</sup> Vgl. dazu RPW 2018/1, S. 16 ff.

<sup>9</sup> RPW 2008/1, S. 86 ff.; RPW 2013/4, S. 524 ff.; RPW 2012/2, S. 270 ff.; Verfügung der WEKO vom 8. Juli 2016.

<sup>10</sup> Die Wettbewerbsbehörden fassen diese Tätigkeit unter dem Begriff «Advocacy» zusammen und erklärten diese im Jahresbericht 2014 ausführlich; RPW 2015/1, S. 14 ff.; STÜSSI FRANK, zit. in Fn. 5, S. 178.

<sup>11</sup> RPW 2015/1, S. 16 f.

<sup>12</sup> RPW 2018/1, S. 6.

<sup>13</sup> Vgl. etwa Mitteilung der KBOB vom 29. Juni 2017.

<sup>14</sup> Vgl. etwa § 4a Abs. 1 lit. j des Gesetzes des Kanton Zürichs über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, wobei in schweren Fällen gemäss § 4b Abs. 1 ein Ausschluss für bis zu fünf Jahren von künftigen Vergaben der betreffenden Körperschaft ausgesprochen werden kann; vgl. auch BREMER FRANK, Strafsanktionen gegen natürliche Personen im schweizerischen Kartellrecht, Diss. St. Gallen, Bern 2015, S. 23–40.



kartellrechtlichen angewandt.<sup>15</sup> Das Vergaberecht verdrängt das Kartellrecht aufgrund der entsprechenden vergaberechtlichen Bestimmungen gegen Submissionsabreden somit nicht.<sup>16</sup> Aus der Perspektive des Vergaberechts werden die entsprechenden Bestimmungen ebenso wenig vom Kartellrecht verdrängt. Immerhin ist jedoch zu berücksichtigen, dass nach einer Sanktionsausfällung durch eine Vergabestelle oder die Wettbewerbskommission im allenfalls nachfolgenden Verfahren der jeweils anderen Behörde der Grundsatz des Verbots der doppelten Bestrafung (*ne bis in idem*) zu beachten ist.<sup>17</sup>

14. Ein Ausschluss aus einem Vergabeverfahren kommt in Betracht, wenn Anbieter eine Submissionsabrede getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen. Da zu erwarten ist, dass die entsprechende Vergabestelle der kartellrechtlichen Auslegung von Art. 5 KG durch das Bundesgericht folgt, fallen darunter sämtliche Abreden die eine Preisfestsetzung oder die Aufteilung von Kunden bzw. Projekten zum Gegenstand haben. Und dies – wie oben dargelegt – abgesehen von Bagatellfällen ungeachtet ihres Effekts auf den Wettbewerb. Treffen beispielsweise zwei von zwanzig Anbietern eine Submissionsabrede (z.B. über eine Projektaufteilung mittels unzulässiger ARGE), würde ein Ausschluss durch die Vergabestelle mit einiger Wahrscheinlichkeit gerichtlich geschützt.

15. Ausserdem fällt auch die Verwendung von heiklen Kalkulationshilfen für einen Ausschluss in Betracht. Kalkulationshilfen, die von Wettbewerbern für sich selbst (meistens über Verbände) empfohlen werden, können von den Wettbewerbsbehörden als Preisfestsetzung qualifiziert werden. Im horizontalen Verhältnis kann diese Problematik in der Regel nicht dadurch umgangen werden, in dem die Kalkulationshilfen als unverbindlich qualifiziert werden.<sup>18</sup> Diese Sichtweise mag erstaunen, folgt jedoch dem vom Bundesgericht vorgegebenen formbasierten Ansatz. Werden Kalkulationshilfen als unzulässige Abrede über den Preis oder einen Preisbestandteil qualifiziert, beeinträchtigen diese (abgesehen von Bagatellfällen) aufgrund ihrer Form den Wettbewerb erheblich. Dementsprechend können Kalkulationshilfen als unzulässig angesehen werden, wenn sie nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.

16. Die Vergabestelle fällt ihren Entscheid über das Vorliegen des Ausschlussgrundes einer Abrede grundsätzlich selbständig und unabhängig von den Wettbewerbsbehörden. Dabei ist zu beachten, dass von der Vergabestelle in Bezug auf einen Ausschluss nicht verlangt werden kann, eine umfassende kartellrechtliche Untersuchung zu führen. Dafür fehlt es regelmässig an den erforderlichen Ressourcen und wohl auch dem Know-how. Ausserdem verfügen die Wettbewerbsbehörden und auch die Vergabestelle in der Rechtsanwendung insbesondere in Bezug auf die Frage der wirtschaftlichen Effizienz über einen grossen Ermessensspielraum. Die Rechtfertigung von Art. 5 Abs. 2 KG verlangt insbesondere, dass die Wettbewerbsbeschränkung «notwendig» für das Erreichen des Effizienzgrundes ist. Immerhin ist zu beachten, dass eine Sanktion im strafrechtlichen Sinn ein entsprechendes Verfahren voraussetzt, welches den Garantien der Bundesverfassung und von Art. 6 EMRK gerecht wird – auch wenn solche Sanktionen von Vergabestellen ausgefällt werden.

<sup>15</sup> Statt vieler GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 524 ff.; RPW 2006/2 S. 407.

<sup>16</sup> BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 4.

<sup>17</sup> WASER ASTRID/SUTTER DANIEL, Einsichtsrechte von Vergabestellen bei Submissionsabsprachen, Jusletter vom 13. März 2017, Rz. 6.

<sup>18</sup> Vgl. unten Rz. 49.

## C Zivilrechtliche Durchsetzung

17. Das Kartellrecht ist in der Schweiz (noch) weitgehend ein Kartellverwaltungsrecht. Das Kartellzivilrecht hat in der Praxis bis heute nicht diejenige Bedeutung erlangt, die sich der Gesetzgeber an sich gewünscht hat.<sup>19</sup> Dafür gibt es diverse materiell und formell rechtliche Gründe.<sup>20</sup> Rechtsvergleichend war es für Kläger in der Schweiz bisher offenbar nicht attraktiv, kartellrechtliche Ansprüche gerichtlich einzuklagen. Im Ausland sind dagegen heute Schadenersatzklagen üblich, die sich auf eine verwaltungsrechtliche Entscheidung der Kartellbehörden stützen (sog. *follow-on-Klagen*).

18. Meines Erachtens ist diese (mangelnde) Entwicklung im Kartellzivilrecht jedoch vor allem auf zwei Elemente zurückzuführen: Erstens sind Unternehmen in der Schweiz eher mit Compliance-Aspekten des Kartellrechts beschäftigt und verstehen das Kartellrecht noch zu wenig als Chance, sich insbesondere gegen marktmächtige Zulieferanten zu wehren. Zweitens gab es in der Schweiz erst wenige Entscheide der Wettbewerbskommission, die sich als Basis für eine Schadenersatzklage eignen.

19. Der internationale Trend zu *follow-on-Klagen* wird auch in der Schweiz immer bedeutender. Gerade im Baubereich haben einige Vergabestellen in Fällen von Submissionsabreden von potentiell involvierten Unternehmen Verjährungsverzichtserklärungen verlangt.

20. Ausserdem haben einige Vergabestellen Einsichtsgesuche in Bezug auf Verfahrensakten von Kartellrechtsuntersuchungen gestellt.<sup>21</sup> Daraus folgt, dass im Bereich des Kartellzivilrechts – nicht zuletzt aufgrund des politischen Drucks auf die Vergabestellen – zukünftig vermehrt mit Klagen zu rechnen ist.

## II. Submissionsabrede

21. Submissionsabreden sind Abreden zwischen Wettbewerbern über ihr Eingabeverhalten bei privaten oder öffentlichen Ausschreibungen mit dem Ziel, das Ergebnis der Ausschreibung zu beeinflussen.<sup>22</sup> Submissionsabreden können verschiedene Formen annehmen. Verbreitet ist die Abrede über eine Stützofferte. Die Umsetzung der Schutzfestlegung erfolgt in der Regel dadurch, dass sich diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, dazu bereit erklären, Offerten mit höheren Eingabesummen einzureichen als das geschützte Unternehmen.<sup>23</sup> Weiter können sich die Unternehmen auch darauf einigen, dass ein Unternehmen auf die Einreichung einer Offerte verzichtet oder eine bereits eingereichte Offerte zurückzieht.

22. Für die Belohnung des Unternehmens, welches die Stützofferte einreicht oder auf eine Offerte verzichtet, sind mannigfaltige Möglichkeiten denkbar. Das «stützende» Unternehmen kann vom Zuschlagsgewinner beispielsweise als Subunternehmen beigezogen werden. Häufiger ist jedoch die Abrede, den Schutz beim nächsten Projekt zu erwidern. Werden solche Abreden systematisch wiederholt, spricht man von einem Rotationskartell. Dazu ist u.a. ein hoher Grad an Organisation des Kartells und ein Verteilschlüssel beispielsweise mittels konkreten Quoten erforderlich.<sup>24</sup> Im

<sup>19</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, S. 587.

<sup>20</sup> Vgl. etwa JACOBS RETO/GIGER GION, in: Amstutz Marc/Reinert Mani, Kartellgesetz (KG), Basler Kommentar, Basel 2010, N 11 zu Vor Art. 12–17.

<sup>21</sup> RPW 2018/2, S. 419 ff.

<sup>22</sup> Vgl. OECD, Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen, Februar 2009, S. 1 <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48520533.pdf>> (zuletzt besucht am 22. November 2018).

<sup>23</sup> Verfügung der WEKO vom 8. Juli 2016, Rz. 41; BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: Dike Kommentar, zit. in Fn. 2, N 407 zu Art. 5 KG.

<sup>24</sup> RPW 2008/1, S. 86 ff.



Fall Strassenbeläge Tessin stellte die Wettbewerbskommission beispielsweise fest, dass die Angebotspreise für Strassenbeläge über Jahre hinweg regelmässig über dem Kostenvoranschlag der Beschaffungsstelle sowie deutlich über den Preisen in anderen Kantonen lagen. Diesem Fall lag ein Rotationskartell zu Grunde, welches in einem schriftlichen Vertrag mit entsprechenden Quoten festgehalten wurde. Somit konnte gewährleistet werden, dass kein Anbieter «zu kurz» kam, wenn er bei einem Projekt die Offerte eines anderen Unternehmens stützte.<sup>25</sup> Im Fall Tunnelreinigung deckte das Sekretariat der Wettbewerbskommission auf, dass drei Unternehmen über mehrere Jahre hinweg systematisch Tunnelreinigungsaufträge einander zugeteilt haben. Die Offerten wurden derart ausgestaltet, dass jeweils ein anderes der drei involvierten Unternehmen zum Zug kam.<sup>26</sup>

23. Der Sanktionierung gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG unterliegt eine Submissionsabrede nur dann, wenn es sich um eine der in Art. 5 Abs. 3 lit. a (direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen) und/oder lit. c (Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern) KG beschriebenen Wettbewerbsabreden handelt.<sup>27</sup> Bezieht sich eine Submissionsabrede somit nicht auf die Festsetzung von Preisen oder die Aufteilung von Gebieten, Vergabestellen oder Projekten, greift die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht. Folglich kann die Abrede auch nicht direkt gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden.<sup>28</sup> Solche Abreden sind einzig über Art. 5 Abs. 1 und 2 KG zu prüfen und können erst im Wiederholungsfall über Art. 50 KG sanktioniert werden.

## A Einzelsubmissionsabrede

24. Bisher ist die Wettbewerbskommission in den meisten Fällen von Submissionsabreden von Einzelsubmissionsabreden ausgegangen.<sup>29</sup> Sie hat somit Abreden über einzelne Submissionsprojekte separat geprüft, weil kein konkreter Zusammenhang zu einer oder mehreren Submissionsabreden hergestellt werden konnte. Insbesondere konnte jeweils nicht dargelegt werden, welche konkrete Gegenleistung ein schutzgebendes Unternehmen zu erwarten hatte. Somit fehlte es jeweils am verbindenden Element, das Rotationskartellen mittels Quote oder Reihenfolge der Berücksichtigung eigen ist.

25. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich kürzlich im Fall Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau dieser Vorgehensweise angeschlossen. Die Geschehensabläufe und Konstellationen, welche den einzelnen Vorwürfen in diesem Fall zugrunde lagen, unterschieden sich gemäss Bundesverwaltungsgericht grundlegend voneinander. Die Kartellrechtsverstösse erfolgten insbesondere in wechselnder Zusammensetzung. Ausserdem seien nicht sämtliche Strassen- und Tiefbauprojekte im Kanton Aargau von Abreden betroffen gewesen. Daher konnte das Gericht – in Übereinstimmung mit der Wettbewerbskommission – kein hinreichend klares Muster erkennen, obwohl die Wettbewerbskommission ein gemeinsames «Dach» über den einzelnen angesprochenen Projekten gesehen hatte.<sup>30</sup>

26. Die separate Prüfung von Einzelsubmissionsabreden stellt somit den Normalfall dar. Bei diesen Einzelsubmissionen wird jeweils je ausgeschriebenes Projekt von einem eigenen relevanten Markt ausgegangen. Da Submissionsabreden kaum je unter Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen sind, stehen praktisch lediglich zwei Fragen zwischen Unternehmen und Sanktionierung: Zum

<sup>25</sup> RPW 2008/1, S. 86 ff.; GRÄTZ SILVIA/STÜSSI FRANK, Submissionsabreden erkennen und verhindern, BR/DC 2/2016, S. 86.

<sup>26</sup> RPW 2015/2, S. 193 ff.

<sup>27</sup> Die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. b KG spielen bei Submissionen eine untergeordnete Rolle, da der Preis für ausgeschriebene Leistungen in einem Bieterverfahren anders als auf einem Markt für Konsumgüter etwa in der Regel nicht mit der Verknappung der Menge steigt.

<sup>28</sup> BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.2.1.

<sup>29</sup> Vgl. etwa RPW 2009/3, S. 196 ff.; RPW 2012/2, S. 270 ff.; RPW 2013/4, S. 524 ff.

<sup>30</sup> BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.1.11 und 7.1.12.

einen, ob sich das Unternehmen an einer Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG beteiligt hat. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Während bei einer Vereinbarung (inkl. unverbindliche Zusagen und Gentleman's Agreements) zwischen Submittenten eine Wettbewerbsabrede in der Regel auf der Hand liegt, muss bei einer abgestimmten Verhaltensweise noch eine Verhaltensweise der involvierten Unternehmen nachgewiesen werden, die kausal aus der Abstimmung folgt.<sup>31</sup>

27. Zum anderen ist zu prüfen, ob es sich bei der Abrede um eine der in Art. 5 Abs. 3 lit. a und/oder lit. c KG beschriebenen Wettbewerbsabreden handelt. Da Submissionsabreden regelmässig eine Preiskomponente aufweisen, ist dieser zweite Prüfungspunkt oft zu bejahen. Die Preisbezogenheit ist jedoch nicht zwingend. Es kann auch festgehalten werden, dass man einem bestimmten Unternehmen den Vortritt lässt, ohne den Eingabepreis festzusetzen, wenn ein potentieller Submittent von der Offerte Abstand nimmt, ein Muss-Kriterium bewusst nicht erfüllt (z.B. gewisse Nachweise nicht einreicht) oder einfach einen offensichtlich zu hohen Preis eingibt, ohne diesen Preis vereinbart zu haben. Eine Aufteilung von Projekten gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. c KG setzt voraus, dass man sich über den erhofften Sieger des Vergabeverfahrens einigt. Eine Absprache zwischen Anbietern zum Beispiel, Unternehmervarianten zu unterlassen, wäre keine harte Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG und daher auch nicht sanktionierbar.

## B Gesamtabrede

28. Natürlich ist die Untersuchung von Einzelsubmissionsabreden aufwändig. Im Fall Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau wurden beispielsweise rund 100 Einzelsubmissionsabreden separat geprüft. Naheliegender kann im Einzelfall auch die behördliche Vermutung sein, dass ein Anbieter nicht umsonst eine Stützofferte einreicht, sondern vielmehr im Gegenzug in Zukunft einen Gefallen erwartet.<sup>32</sup> Damit könnte eine Verknüpfung zu einem anderen Projekt erstellt werden. Oft sind diese Beziehungen jedoch – ausserhalb von Rotationskartellen mit einem Verteilschlüssel – nicht systematisch und können selbst im Nachhinein nicht zweifelsfrei nachvollzogen werden.

29. Im Fall Bauleistungen See-Gaster hat die Wettbewerbskommission die Grundsätze eines Rotationskartells auf einen Fall mit einer sogenannten «Gesamtabrede» angewandt.<sup>33</sup> Die Gesamtabrede wird als Rahmenwettbewerbsabrede verstanden, welche nach dem Willen der involvierten Unternehmen im Sinne eines Gesamtplans eine Vielzahl von Einzelsubmissionsabreden umfasst. Die Einzelsubmissionsabreden wurden keiner separaten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen, da sie von der Wettbewerbskommission als «Umsetzungsabreden» der Gesamtabrede erachtet wurden.<sup>34</sup>

30. In der EU wird seit dem Polypropylen-Fall<sup>35</sup> regelmässig die Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung bemüht, wenn sich die EU-Kommission mit einem möglichen komplexen Kartell konfrontiert sieht. Entscheidend ist aber, konkrete Einzelabreden nachzuweisen. Bei einer einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung kann die Zurechnung der Verantwortung bei einer Vielzahl von Kartellmitgliedern indes vereinfacht werden. Folglich muss in der EU nicht die aktive Beteiligung jedes einzelnen Mitglieds bei jeder Einzelsubmissionsabrede nachgewiesen werden (Element der Einheitlichkeit). Ausserdem können mittels Nachweis eines «Gesamtplans» Lücken bei der Beweisführung in zeitlicher Hinsicht geschlossen werden

<sup>31</sup> BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: Dike Kommentar, zit. in Fn. 2, N 53 zu Art. 5 KG.

<sup>32</sup> Verfügung der WEKO vom 8. Juli 2016, Rz. 210.

<sup>33</sup> Verfügung der WEKO vom 8. Juli 2016, in Bezug auf verschiedene Unternehmen noch nicht rechtskräftig.

<sup>34</sup> Verfügung der WEKO vom 8. Juli 2016, Rz. 1199; BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: Dike Kommentar, zit. in Fn. 2, N 198 zu Art. 4 Abs. 1 KG.

<sup>35</sup> Beschluss der EU Kommission IV/31.149 vom 23. April 1986.

(Element der Fortsetzung bzw. der Dauer). Beispielsweise muss die EU Kommission nicht aufgrund der Unschuldsvermutung von einem Unterbruch eines an sich andauernden Kartells ausgehen, wenn den involvierten Unternehmen während einer (kurzen) Zeitspanne kein Verstoss nachgewiesen werden kann.

31. Die Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung ist der Schweizer Rechtsordnung an sich fremd. Nach Schweizer KG gilt es, in Bezug auf das Vorliegen eines Kartells den Vollbeweis zu erbringen.<sup>36</sup> In Bezug auf nicht bewiesene Einzelsubmissionsabreden gilt die Unschuldsvermutung. Ausserdem geht die Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung auf den Begriff der «*conspiracy*» zurück. Nach diesem Konzept ist – anders als in der Schweiz – bereits der gemeinsame Plan zu einer Straftat verboten. Die Begehung einer Einzelabrede wäre demnach nicht erforderlich.<sup>37</sup>

32. Die Anwendung der Gesamtabrede führt dazu, dass nicht nur der Umsatz der abgesprochenen Ausschreibungen für die Sanktionierung berücksichtigt wird, sondern sämtlicher Umsatz der Unternehmen auf den Märkten auf die sich die Gesamtabrede bezieht.<sup>38</sup> Ob einzelne Projekte nicht oder nicht erfolgreich abgesprochen wurden, wurde von den Wettbewerbsbehörden bisher nicht berücksichtigt. Offen ist weiter die Frage, wie der Markt bei Gesamtabreden für die Sanktionierung abzugrenzen ist. Im Fall Bauleistungen See-Gaster folgte die Marktabgrenzung dem Inhalt der Gesamtabrede<sup>39</sup>, was nicht zu überzeugen vermag.

## C Informationsaustausch

33. Obwohl der Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern nicht per se problematisch ist, kann er unter gewissen Voraussetzungen Gegenstand oder Basis einer unzulässigen Wettbewerbsabrede sein. Die Wettbewerbsbehörden unterscheiden zwischen eigenständigen Informationssystemen und dem Informationsaustausch für eine Verhaltenskoordination in Bezug auf einen Wettbewerbsparameter. Ein selbständiger Informationsaustausch, der keine Festsetzung von Preisen und Mengen oder die Aufteilung von Kunden und Gebieten beinhaltet, stellt kein hartes sanktionierbares Kartell dar. Der Austausch von Informationen über eine zukünftige Preiserhöhung wird dagegen in der Regel unter dem Aspekt der Preisabrede von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG geprüft, da damit der Verdacht verbunden wird, dass sich die Unternehmen über ihre zukünftige Preispolitik abstimmen.<sup>40</sup>

34. Der zulässige Informationsaustausch lässt sich nicht allgemein vom unzulässigen Informationsaustausch abgrenzen. Vielmehr ist eine Einzelfallprüfung erforderlich. Dazu hat die EU-Kommission eine Reihe von Kriterien festgelegt, anhand welcher das Risiko für den Wettbewerb bewertet wird. Danach kommt es neben der Marktstruktur vor allem auf den Inhalt der ausgetauschten Informationen, deren Aktualität und die Häufigkeit des Informationsaustausches an. Heikel ist insbesondere der Austausch von Informationen, die üblicherweise als Geschäftsgeheimnisse angesehen werden, also beispielsweise von Preisen, Mengen und Geschäftsstrategien. Der Informationsaustausch wird als umso kritischer angesehen, je detaillierter er ist (wenn z.B. Rückschlüsse auf einzelne Unternehmen möglich sind). Ein regelmässiger Austausch der im vergangenen Quartal durchschnittlich verrechneten Preise und abgesetzten Mengen unter Wettbewerbern beispielsweise wäre mit hoher Wahrscheinlichkeit unzulässig. Für die Beurteilung ist zudem von Bedeutung, ob die Daten öffentlich sind oder – was kritisch ist – nur einem limitierten Kreis

<sup>36</sup> AMSTUTZ MARC/CARRON BLAISE/REINERT MANI, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Basel 2013, N 66 zu Art. 4 Abs. 1.

<sup>37</sup> SEIFERT KONSTANTIN, Die einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung, Diss. Münster, Baden-Baden 2013, S. 37.

<sup>38</sup> BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: Dike Kommentar, zit. in Fn. 2, N 200 zu Art. 4 Abs. 1 KG.

<sup>39</sup> Verfügung der WEKO vom 8. Juli 2016, Rz. 1251.

<sup>40</sup> Kritisch GÜBELI RAFFAEL, AJP 01/2017, S. 50 ff.

zugänglich gemacht werden. Die Schweizer Wettbewerbsbehörden orientieren sich ebenfalls an diesen Kriterien.<sup>41</sup>

35. Ein Beispiel eines zulässigen Informationsaustausches ist etwa ein mittels Marktforschungsinstituten durchgeführtes Benchmarking. Dies aber auch nur dann, wenn u.a. keine Rückschlüsse auf einzelne Unternehmen möglich sind, die Daten der Marktforschungsinstitute also einen genügenden Grad an Aggregation aufweisen.

36. Im Baubereich sind Informationssysteme insbesondere in Verbänden ein Thema. Heikel sind diese insbesondere, wenn auf diese Weise zukünftiges Marktverhalten von einzelnen Mitgliedern abgeschätzt werden kann oder das Marktverhalten beispielsweise mit Blick auf ein Gentleman's Agreement, keine zusätzlichen Kapazitäten zu schaffen, kontrolliert werden kann.

37. In Bezug auf Submissionsabreden kann ein Informationsaustausch eine Vorstufe darstellen. So ist denkbar, dass Bauunternehmen Informationen über aktuelle oder geplante Bauprojekte sammeln und sich auf diese Weise gegenseitig auf den neusten Stand bringen. Es ist weiter möglich, dass sich Anbieter zum Zweck einer Submissionsabrede treffen und dabei Informationen über Interessen an einem Projekt, geschätzte Kosten und mögliche Vorgehensweisen austauschen. Bleibt es beim Informationsaustausch über aktuelle oder geplante Bauprojekte und kommt keine Submissionsabrede zustande, steht immerhin eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG im Raum, die von den Wettbewerbsbehörden verboten, jedoch nicht mittels Bussen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden könnte.

38. Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu kürzlich festgehalten, dass Anbieter die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts unterlaufen, «wenn sie die zur Eruiierung des wirtschaftlich günstigsten Angebots vorausgesetzte freie Willensbildung des Ausschreibers eigenmächtig durch Kontaktaufnahmen untereinander manipulieren oder auch nur zu manipulieren versuchen. Anbieter, welche ihr Angebot verdeckt nicht selbständig und unabhängig ausarbeiten, spiegeln dem Ausschreiber treuwidrig eine unabhängige Offerteingabe und damit einen vermeintlich unverfälschten Wettbewerb vor. Das zentrale Hauptziel des Vergaberechts, den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu fördern, wird bei dieser Sachlage verfehlt.»<sup>42</sup> Auch im Fall eines Informationsaustausches habe das Vergabeverfahren sein Ziel verfehlt. «Denn es ist gestützt auf die Prüfung der Beweislage (...) davon auszugehen, dass die im Fall 35 erfolgten Gespräche unter den Mitbewerbern und der damit verbundene Austausch von Geschäftsgeheimnissen einzig darauf abzielten, die zu vergebenden Arbeiten gegebenenfalls eigenmächtig und verdeckt einem der Mitbewerber zuzuteilen.»<sup>43</sup> «Die Subsumption der – rechtsgenügend nachgewiesenen – Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (in der Form der "Vereinbarung" bzw. "abgestimmten Verhaltensweise") ist daher nicht zu beanstanden.»<sup>44</sup>

39. Somit ist der gescheiterte Versuch einer Submissionsabrede alleine nicht als sanktionierbare Submissionsabrede zu sehen. Immerhin können die Wettbewerbsbehörden aber solche gescheiterten Gespräche aufgreifen, indem den beteiligten Unternehmen vorgeworfen wird, anlässlich der versuchten Koordinierung Geschäftsgeheimnisse bzw. Strategien ausgetauscht zu haben.

<sup>41</sup> EMCH DANIEL, Informationsaustausch, in: Tschudin Michael (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, Basel 2018, S. 1 ff., Rz. 10; BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: Dike Kommentar, zit. in Fn. 2, N 159 ff. zu Art. 4 Abs. 1 KG.

<sup>42</sup> BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, E. 8.3.2.

<sup>43</sup> BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, E. 8.4.3.

<sup>44</sup> BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, E. 8.3.5.

### III. ARGE

40. Arbeitsgemeinschaften ("ARGE") voneinander unabhängiger Unternehmen haben zum Ziel, ein Vergabeprojekt gemeinsam durchzuführen. Eine ARGE ist in der Regel auf Zeit bzw. auf ein einzelnes Projekt angelegt. Daher qualifiziert eine ARGE auch nicht als ein Unternehmenszusammenschluss, für welchen eine dauerhafte Strukturänderung erforderlich wäre.<sup>45</sup>

41. ARGE beleben in der Regel den Wettbewerb, weil durch sie Unternehmen an Submissionen teilnehmen können, welche dies alleine nicht tun könnten. Folgerichtig wird vertreten, dass ARGE im Normalfall keine Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG darstellen, da keine Wettbewerbsabrede bezweckt oder bewirkt wird. Als Faustregel wird vorgeschlagen, dass keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, wenn die Anzahl der eingereichten Angebote durch die ARGE nicht reduziert wird.<sup>46</sup> Mit anderen Worten können die ARGE-Mitglieder insbesondere dann keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, wenn die beteiligten Unternehmen keine aktuellen oder potentiellen Wettbewerber sind. Diese Annahme dürfte in den allermeisten Fällen zutreffen (Achtung aber bei Mehrfachbeteiligungen und daraus resultierendem Informationsaustausch).

42. Nach dieser Argumentation kann bei einer ARGE eine materielle Prüfung über die Zulässigkeit unterbleiben, wenn die ARGE offensichtlich prokompetitiv ist.<sup>47</sup> Aus praktischer Sicht überzeugt diese Vorgehensweise, wobei die rechtliche Einordnung in der Regel eher akademischer Natur sein dürfte: Offensichtlich prokompetitive ARGE werden nicht Gegenstand von kartellrechtlichen Untersuchungen.

43. Anders ist die Situation einer ARGE zu beurteilen, in welcher sich Unternehmen zusammenschliessen, die auch alleine eingeben könnten. Hier ist nicht nur von einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG auszugehen, sondern auch von einer Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. Eine harte Preisabrede lässt sich freilich über Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen, wenn sie u.a. notwendig ist, um die geplanten Effizienzgründe zu erreichen. Hier ist zu erwähnen, dass die Wettbewerbsbehörden stillen ARGE, bei welchen nicht sämtliche Mitglieder in der Ausschreibung genannt werden, grundsätzlich kritisch gegenüberstehen.

44. Interessant ist indes die dritte Kategorie von ARGE, welche im Graubereich zwischen denjenigen unter Nicht-Wettbewerbern und denjenigen unter Wettbewerbern steht. Dieser Bereich betrifft ARGE von aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern, welche ohne ARGE-Bildung betriebswirtschaftlich nicht interessant sind oder weniger Chancen auf den Zuschlag haben. Folgende Fälle sind hier zu erwähnen: Wenn nur über eine ARGE genügend Referenzobjekte für die Submission erreicht werden; wenn ein Unternehmen über eine Spezialität verfügt, welches das andere nicht anbietet; wenn das Projekt ein zu hohes Kapazitätsrisiko darstellt; wenn die Realisierung im Alleingang ein zu hohes finanzielles Risiko bedeuten würde.<sup>48</sup> In diesen Fällen kann entweder eine Zuordnung zur ersten Kategorie von offensichtlich prokompetitiven ARGE oder zur zweiten Kategorie von Preisabreden mit Effizienzrechtfertigungsmöglichkeit erfolgen.

45. Unangenehm bei der Zuweisung in die zweite Kategorie ist, dass die Beweislast für die Effizienzrechtfertigung nach der Praxis der Behörden bei den Unternehmen liegt.<sup>49</sup> Ausserdem muss die ARGE gemäss Art. 5 Abs. 2 KG notwendig sein, um den angerufenen Effizienzgrund zu

<sup>45</sup> THOMI ROGER, Meldepflicht Fusionskontrolle I, in: Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, zit. in Fn. 41, S. 197 ff., Rz. 28.

<sup>46</sup> STÜSSI FRANK/LÜTHI BENDICHT, Zulässige ARGE im Kartellrecht, BR/DC 4/2015, S. 206; THOMI ROGER, Meldepflicht Fusionskontrolle I, in: Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, zit. in Fn. 41, Rz. 39.

<sup>47</sup> BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: Dike Kommentar, zit. in Fn. 2, N 554 ff. zu Art. 5 KG.

<sup>48</sup> Vgl. BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: Dike Kommentar, zit. in Fn. 2, N 556 zu Art. 5 KG.

<sup>49</sup> Vgl. aber AMSTUTZ MARC/CARRON BLAISE/REINERT MANI, in: Commentaire Romand, zit. in Fn. 36, N 345 zu Art. 5; ferner TSCHUDIN MICHAEL, Einkaufsgemeinschaften, in: Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, zit. in Fn. 41, S. 29 ff., Rz. 43 ff.



rechtfertigen. Bei der Frage der Notwendigkeit dürfte den Wettbewerbsbehörden ein erhebliches Ermessen zukommen.

46. Daher empfiehlt sich die Dokumentation der Gründe für die Bildung der ARGE jeweils im Voraus. Dabei sollte jeweils bedacht werden, ob sich das Projekt grundsätzlich und wenn ja auch wirtschaftlich sinnvoll eigenständig durchführen lässt. Wird dies bejaht, sollten die Gründe für die Bildung der ARGE hinterfragt und genauer abgeklärt werden. Ganz ähnliche Grundsätze gelten beim Beizug von Subunternehmern.

## IV. Honorar-, Tarif- und Preisempfehlungen

47. Honorar-, Tarif- und Preisempfehlungen waren in der Baubranche in der Vergangenheit weit verbreitet. Unter anderem infolge der verschärften Bundesgerichtsrechtsprechung<sup>50</sup> stand das Sekretariat der Wettbewerbskommission gemäss Jahresbericht 2017 unlängst mit verschiedenen Verbänden (SBV und SIA) und Institutionen (KBOB) in Kontakt. Honorar-, Tarif- und Preisempfehlungen erlangten auf diese Weise wieder Aktualität.<sup>51</sup>

48. Unverbindliche Preisempfehlungen sind im vertikalen Verhältnis (Verhältnis Hersteller/Händler) grundsätzlich unproblematisch, weil und insofern ein unilaterales Verhalten des Herstellers vorliegt. Eine einseitige Preisempfehlung eines Unternehmens kann nicht als Wettbewerbsabrede qualifiziert werden, die zwingend die Beteiligung von zwei Unternehmen voraussetzt. Eine Preisempfehlung kann jedoch als Abrede aufgefasst werden, wenn sie aufgrund von Anreizen oder Druck des Herstellers vom Händler als verbindlich akzeptiert wird. Solche Preisempfehlungen führen zu vorgeschriebenen Fest- oder Mindestverkaufspreisen und unterliegen dem Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG.<sup>52</sup>

49. Preisempfehlungen, welche von Wettbewerbern gemeinsam ausgesprochen werden, gelten dagegen grundsätzlich als Wettbewerbsabrede, weil in diesem Fall mehrere Unternehmen an der Empfehlung beteiligt sind. Dies gilt auch für eine Verbandsempfehlung, die als Wettbewerbsabrede zwischen Mitgliedern gewertet werden kann. Im Fall «USPI», in welchem Preisempfehlungen in Form eines Tarifs anlässlich der Generalversammlung des Verbandes durch die Mitglieder verabschiedet wurden, hat die Wettbewerbskommission dazu festgehalten, dass die Bezeichnung der Tarife als «*tarifs recommandés*» nur den Anschein der Einseitigkeit erwecken würde, tatsächlich handelte es sich aber um eine «rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarung» unter den Mitgliedern.<sup>53</sup> Somit geht von jeder Empfehlung von Verbänden, die den Wettbewerbsparameter Preis betrifft, das Risiko einer sanktionierbaren, harten Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG aus. Eine Umgehung dieser Vorschrift ist praktisch nicht möglich.

50. Kartellrechtlich zulässig sind allerdings zwei Alternativen: *Erstens* sind gewisse Arten von Kalkulationshilfen zulässig. Kalkulationshilfen sind gemäss Definition der Wettbewerbskommission standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche den Anwendern erlauben, die Kosten von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf die Preisbestimmung zu berechnen oder zu schätzen.<sup>54</sup> Die Wettbewerbskommission hat Fallgruppen für in der Regel gerechtfertigte und somit zulässige sowie in der Regel nicht gerechtfertigte und somit unzulässige Kalkulationshilfen gebildet. Gerechtfertigt sind

<sup>50</sup> Vgl. oben Rz. 3–5.

<sup>51</sup> RPW 2018/1, S. 6.

<sup>52</sup> Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010, Ziff. 10 Abs. 1 lit. a.

<sup>53</sup> RPW 2012/3, S. 659 f. Rz. 32 f.

<sup>54</sup> Schweizerische Wettbewerbskommission, Bekanntmachung betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen, Art. 2, <[https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2006/01/verwendung\\_von\\_kalkulationshilfen.pdf.download.pdf/verwendung\\_von\\_kalkulationshilfen.pdf](https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2006/01/verwendung_von_kalkulationshilfen.pdf.download.pdf/verwendung_von_kalkulationshilfen.pdf)> (zuletzt besucht am 22. November 2018).



Kalkulationshilfen im Wesentlichen dann, wenn sie inhaltlich auf Angaben und Formel zur Kalkulation der Kosten oder Bestimmung der Preise beschränkt sind. Dabei muss die Kalkulationshilfe insbesondere die Möglichkeit zur Gewährung von Rabatten zulassen.<sup>55</sup>

51. Nicht gerechtfertigt sind Kalkulationshilfen gemäss der Wettbewerbskommission insbesondere dann, wenn sie den Beteiligten pauschale Beträge oder pauschale Prozentsätze für Gemeinkostenzuschläge oder andere Kostenzuschläge zur Bestimmung der Selbstkosten vorgeben oder vorschlagen. Zudem ist ein unzulässiger Informationsaustausch über die Kalkulationshilfe zu vermeiden.<sup>56</sup>

52. Die Praxis zum Informationsaustausch bietet die *zweite* Alternative. Wie bereits erörtert, ist nicht jede Art von Informationsaustausch verboten. Die Veröffentlichung von Tarifen und Honoraren basierend auf «historisch» und repräsentativ erhobenen Daten, die in aggregierter Form dargestellt werden – vorzugsweise durch unabhängige Dritte – ist in der Regel unproblematisch. Neben den Verbandsmitgliedern sollte auch die Nachfrageseite Zugang zu den erhobenen Daten erhalten.<sup>57</sup> Beim Kriterium der Repräsentativität verlangt das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Einhaltung statistischer Mindestanforderungen.<sup>58</sup> Diese können über eine Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG mit dem Sekretariat vorgängig abgestimmt werden.

53. Die erläuterten Grundsätze hat die Wettbewerbskommission bereits im Jahresbericht 2015 in Erinnerung gerufen<sup>59</sup> und sind somit im Wesentlichen nichts Neues. Neu ist allerdings der rein formbasierte Ansatz des Bundesgerichts, der von den Wettbewerbsbehörden offenbar auch relativ strikte umgesetzt wird. Die Position des Sekretariats der Wettbewerbskommission in Bezug auf die KBOB-Empfehlungen zur Honorierung von Architekten und Ingenieuren überrascht jedoch trotzdem. Das Sekretariat hat der KBOB offenbar ihre kartellrechtlichen Bedenken mitgeteilt, worauf die KBOB ihre bisherigen Empfehlungen zur Honorierung von Architekten und Ingenieuren per Ende Juni 2017 teilweise zurückgezogen hat. Davon waren insbesondere maximale Honorarsätze betroffen.<sup>60</sup>

54. Zwar ist unstrittig, dass die Vergabestellen als Nachfrager auf verschiedenen Submissionsmärkten dem Kartellgesetz unterstehen – und dies unabhängig ihrer Rechts- oder Organisationsform.<sup>61</sup> Allerdings ist die Preisabstimmung der Nachfrageseite in der Regel weniger heikel als diejenige der Angebotsseite, weil sich Abstimmungen auf der Nachfrageseite in der Regel preis-senkend auswirken. Daher wirken sich Einkaufsgemeinschaften oft pro-kompetitiv und somit positiv für den Endkonsumenten aus.<sup>62</sup> In der Praxis sind vor allem zwei möglicherweise negative Effekte von Einkaufsgemeinschaften zu prüfen: Kollusion auf dem Absatzmarkt mittels Koordination über die Einkaufsgemeinschaft und möglicher Marktmachtmissbrauch auf dem Einkaufsmarkt.

55. Im Fall der KBOB kann eine kollusive Wirkung auf dem Absatzmarkt ausgeschlossen werden – zumindest wenn es sich um Beschaffungen für den Eigengebrauch des Staates handelt. Spannend ist indes die Frage nach der Nachfragemacht, die in gewissen Einkaufsmärkten gerade im Baubereich doch signifikant sein dürfte. Inwieweit dies jedoch für den Konsumenten bzw. den

<sup>55</sup> Bekanntmachung betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen, zit. in Fn. 54, Art. 3.

<sup>56</sup> Vgl. oben Ziff. II. C.

<sup>57</sup> RPW 2016/1, S. 5 f.; WEKO-SEKRETARIAT, Beratung 54-0455, zit. in: Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, zit. in Fn. 41, S. 24.

<sup>58</sup> EMCH DANIEL, Informationsaustausch, in: Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, zit. in Fn. 41, Rz. 24.

<sup>59</sup> RPW 2016/1, S. 5 f.

<sup>60</sup> Mitteilung der KBOB vom 29. Juni 2017; vgl. aber STÖCKLI HUBERT/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Bauen für den Staat in: BRT 2013, S. 13, die die KBOB-Richtlinien als Kartell der öffentlichen Hand bezeichnen.

<sup>61</sup> RPW 2007/4, S. 519 Rz. 21 (vgl. auch Rz. 28); RPW 2017/4, S. 714 Rz. 19–21.

<sup>62</sup> BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: Dike Kommentar, zit. in Fn. 2, N 560 ff. zu Art. 5 KG; TSCHUDIN MICHAEL, Einkaufsgemeinschaften, in: Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, zit. in Fn. 41, Rz. 1.

Steuerzahler nachteilig sein könnte, müsste allerdings erst vertieft abgeklärt werden. Die Koordination von staatlichen Beschaffungsstellen ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass das öffentliche Beschaffungsrecht eine Einkaufsgemeinschaft meist verunmöglicht. Aus dieser Perspektive erscheinen Empfehlungen von Beschaffungsstellen zur Honorierung von Dienstleistern zumindest nicht problematischer als eine Einkaufsgemeinschaft. In einem entsprechenden Verfahren der Wettbewerbsbehörden würde wohl der Fokus auf die Frage gelegt, ob solche Empfehlungen notwendig sind, um eine effiziente und wirtschaftlich günstige Beschaffung zu gewährleisten oder ob es dazu auch andere, mildere Mittel gibt (Art. 5 Abs. 2 lit. a KG). Offen ist jedoch, ob eine solche Untersuchung überhaupt an die Hand genommen würde.