

Baurecht

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen

Droit de la construction

Revue du droit de la construction et des marchés publics

2/2014

Gesamtvertrag des Planers und seine Qualifikation

Peter Gauch

Die neue SIA-Ordnung 144/2013

Claudia Schneider Heusi

Kartellrechtliche Bussen im Bausektor

Nicolas Birkhäuser

Rechtsprechung zum öffentlichen Recht – Jurisprudence en droit public

Hänni/Zufferey



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht
Institut pour le droit suisse et international de la construction
Universität Freiburg – Université de Fribourg

Schulthess §

Kartellrecht und Bussen-Verfahren der Wettbewerbskommission im Bau

Nicolas Birkhäuser, lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich

I. Untersuchungen der WEKO im Bau- und Beschaffungswesen

Per 1. September 2012 wurde neben den drei bestehenden Diensten des Sekretariats der Wettbewerbskommission («WEKO») ein neuer, vierter Dienst «Bau» eingerichtet. Dieser untersucht Wettbewerbsbeschränkungen insbesondere im Bau- und Beschaffungswesen¹. Mehrere Verfahren wurden bereits abgeschlossen und die an den Wettbewerbsbeschränkungen beteiligten Unternehmen mit teilweise hohen Bussen sanktioniert. Gegenwärtig führt das Sekretariat der WEKO diverse Verfahren, darunter mehrere Untersuchungen, Vorabklärungen und Marktbeobachtungen im Bau- und Beschaffungswesen durch². Diese Umstände sowie Äusserungen von Mitgliedern des Sekretariats der WEKO und der WEKO selber machen deutlich, dass Wettbewerbsbeschränkungen im Bau- und Beschaffungswesen **eine der Top-Prioritäten** der WEKO bilden und dass mit zahlreichen weiteren Verfahren und Bussen zu rechnen ist.

Unternehmen müssen sich deshalb mit der Praxis der WEKO und den Bestimmungen des Kartellgesetzes («KG») vertraut machen und prüfen, was sie zur Behebung allfälliger Missstände und im Hinblick auf mögliche Untersuchungen vorkehren müssen.

II. Unzulässige und zulässige Verhaltensweisen im Bau- und Beschaffungswesen

Im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG werden generell folgende Abreden zwischen Wettbewerbern als besonders schädlich erachtet: (a) Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, (b) Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen, (c) Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Gestützt darauf hat die WEKO in den zwei letzten Entscheiden im Bereich Strassen- und Tiefbau³ (und vergleichbar im älteren Entscheid

betreffend Elektroinstallationsbetriebe Bern⁴) folgende Verhaltensweisen als unzulässig qualifiziert und **mit Bussen sanktioniert**:

- Konkurrenten im Rahmen von Ausschreibungen um Schutz oder Stützofferten anzufragen oder solche anzubieten;
- sich mit Konkurrenten vor Ablauf der Eingabefrist (oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung) über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit (a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften («ARGE») sowie (b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer⁵.

ARGE sind allerdings nicht in jedem Fall unproblematisch⁶. Mitglieder der WEKO und des Sekretariats der WEKO haben zwar verschiedentlich geäussert, dass sie ARGE grundsätzlich positiv gegenüberstehen. Es gilt aber zu beachten, dass dies gemäss der Praxis der WEKO **nur unter bestimmten Voraussetzungen** gilt:

- Zu unterscheiden ist zunächst zwischen stillen und offenen ARGE. Bei einer stillen ARGE übernimmt eine Gesellschaft die Federführung und tritt als alleinige Vertragspartei gegen aussen auf. Bei einer offenen ARGE hat der Auftraggeber hingegen Kenntnis von der geplanten Zusammenarbeit im Rahmen der ARGE, und alle ARGE-Partner sind im Verhältnis zum Bauherrn Vertragsparteien. Nach Auffassung der WEKO besteht für stille ARGE keine Berechtigung; ARGE müssen somit grundsätzlich offen sein.
- Solange ARGE gebildet werden, weil die ARGE-Partner ein bestimmtes Projekt nur gemeinsam realisieren

gung der WEKO vom 22. April 2013 betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; beide Verfügungen abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>.

⁴ Verfügung der WEKO vom 6. Juli 2009 betreffend Elektroinstallationsbetriebe Bern, in Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2009/3, S. 202 ff.; abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00157/>.

⁵ Die Formulierung dieser beiden Punkte entspricht Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung betreffend Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (Fn. 3), die allerdings fallbezogen auf Tiefbauarbeiten beschränkt ist; in diesem Sinne bereits Rz. 34 sowie Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung betreffend Elektroinstallationsbetriebe Bern (Fn. 4), mit gewissen Unterschieden.

⁶ Siehe zum Thema ARGE und KG-Revision auch DENZLER, R.I.P. ARGE: Gedanken zur laufenden Kartellrechtsrevision, BR/DC 3/2013, S. 113 f.

¹ Siehe dazu FRANK STÜSSI, Vizedirektor des Sekretariats der WEKO, Leiter Dienst Bau, Submissionsabreden im Fokus der Wettbewerbsbehörden, BR/DC 4/2013, S. 176 ff.

² Siehe dazu FRANK STÜSSI (Fn. 1).

³ Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; Verfü-

können, ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nichts dagegen einzuwenden. Im Gegenteil kann dadurch der Wettbewerb um einen andernfalls nicht bestehenden Konkurrenten erhöht werden. Heikel wird es dann, wenn die Beteiligten auch ohne Bildung einer ARGE in der Lage sind, das betreffende Projekt individuell zu realisieren; in diesem Fall bestehen wettbewerbsrechtliche Bedenken, da sich zwei oder mehrere direkte Konkurrenten zusammenschliessen und das Konkurrenzfeld durch die Bildung der ARGE entsprechend verkleinert wird⁷. Im letzteren Fall kann die Bildung einer ARGE unter Umständen zulässig sein, wenn sie zu erheblichen Effizienzgewinnen führt und dadurch eine bessere und günstigere Offerte der Beteiligten ermöglicht⁸.

Vergleichbare Kriterien sind beim **Beizug von Subunternehmen** zu beachten. In einer Branche mit teilweise hohem Spezialisierungsgrad kann es sinnvoll und effizienzsteigernd sein, für spezifische Arbeiten auf Bauunternehmen zurückzugreifen, die dafür besonders geeignet sind. Bezüglich dergestalt «ausgelagerter» Arbeiten kann so auf die kostspielige Anstellung eigener Fachkräfte, die Anschaffung entsprechender Maschinen sowie den Erwerb notwendigen Know-hows verzichtet werden⁹. Je nach Auftragsvolumen und den mit dem Auftrag verbundenen Risiken kann in solchen Fällen auch die Bildung einer ARGE gerechtfertigt sein.

Grundsätzlich aber ist gemäss den Erwägungen der WEKO von der Unzulässigkeit einer ARGE auszugehen, wenn «zwei Unternehmen ohne Weiteres je eine eigenständige Offerte einreichen [können], [denn] so besteht für sie kein Grund, gleichwohl eine ARGE zu bilden, so einen Konkurrenten zu binden und den Wettbewerb dadurch einzuschränken»¹⁰.

III. Risiken bei unzulässigen Verhaltensweisen

Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das (unter anderem) an einer unzulässigen Abrede zwischen Wettbewerbern nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt ist, mit einer Busse in der Höhe von bis zu 10% des (kumulativ) in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Dieser Betrag stellt als **Maximalsanktion** die Obergrenze des Bussenrahmens gemäss KG dar. Die Bemessung der konkreten Sanktion wird ausgehend vom sog. **Basisbetrag** berechnet. Der Basisbetrag beläuft sich je nach Schwere und Art des Verstosses auf bis zu

10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* (z.B. im Strassen- und Tiefbaumarkt) in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 KG-Sanktionsverordnung). Bei Gruppen ist stets der Konzernumsatz massgebend.

Für die **Bemessung des Basisbetrags** und damit mittelbar der Busse ist bestimmend, ob ein Rotationskartell oder eine nicht flächendeckende Vereinbarung vorliegt:

- Liegt ein **Rotationskartell**, d.h. eine explizite Vereinbarung mit festgelegtem Rotationssystem, die alle Projekte der beteiligten Unternehmen in einem bestimmten Gebiet umfasst, vor¹¹, wird der jeweilige *Gesamtumsatz* der beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt als relevanter Umsatz (d.h. als Ausgangspunkt) für die Sanktionsbemessung herangezogen.
- Liegt kein Rotationskartell vor, da nicht flächendeckend alle, sondern **nur einzelne Projekte** abgesprochen werden¹², werden (nur) diejenigen Umsätze berücksichtigt, welche mit den bewiesenen abgesprochenen Projekten erzielt werden; d.h., der relevante Umsatz setzt sich aus der *Summe sämtlicher erfolgreicher Schutznahmen* zusammen¹³.

Bei Vorliegen von Vereinbarungen über einzelne Projekte, d.h. immer wenn kein Rotationskartell angenommen wird, *erhöht sich* entsprechend der Basisbetrag und damit auch die Busse mit jedem zusätzlichen nachgewiesenen Projekt. Das kann für den Entscheid über eine Selbstanzeige bzw. über die Kooperation von grosser Relevanz sein (da nur der erste Selbstanzeiger mit einem Erlass von 100% der Sanktionen rechnen kann)¹⁴.

Die WEKO hat im jüngsten Entscheid festgehalten, dass sie für erfolgreiche Schutznahmen bei Einzelsubmissionsabreden einen Basisbetragssatz von 10% für angemessen erachtet¹⁵. Der so ermittelte Basisbetrag wird aufgrund von diversen erschwerenden Umständen in der Regel um 50% bis 200% erhöht. Mildernde Umstände werden bei Submissionsabreden gemäss Praxis der WEKO gewöhnlich nicht berücksichtigt¹⁶.

¹¹ Verfügung der WEKO vom 19. November 2007 betreffend Strassenbeläge Tessin, RPW 2008/1, S. 85 ff., Rz. 82 ff.

¹² Eine solche (Rahmen-)Vereinbarung bezieht sich nicht auf sämtliche Projekte, sondern a priori nur auf solche, in welchen die Organisation aufgrund der Grösse bzw. der zu erwartenden Konkurrenz möglich ist und unter diesen nur auf diese Projekte, für welche ein Unternehmen die Initiative für die Organisation eines Schutzes ergreift. Vgl. auch Rz. 964 der Verfügung betreffend Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Fn. 3).

¹³ Wenn sich ein Unternehmen bewiesenermassen an Abreden beteiligt hat, ohne aber Schutz erhalten und somit einen relevanten Umsatz erzielt zu haben, hat die WEKO Pauschalsanktionen ausgesprochen. Vgl. auch Rz. 972 der Verfügung betreffend Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (Fn. 3).

¹⁴ Zu den Vorteilen der Selbstanzeige oder Kooperation sowie den damit verbundenen Nachteilen und Risiken, vgl. unten Ziff. V.

¹⁵ Vgl. Rz. 964, 966–967 der Verfügung betreffend Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (Fn. 3).

¹⁶ Vgl. Rz. 992 der Verfügung betreffend Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (Fn. 3) sowie Rz. 1144 der Verfügung betreffend Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Fn. 3).

⁷ Vgl. die Erwägungen der WEKO in Rz. 11–12 und 1037 der Verfügung betreffend Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (Fn. 3).

⁸ Vgl. auch im nachfolgenden Absatz die Kriterien für den Beizug von Subunternehmen. Vgl. ferner unten Ziff. IV zu den Compliance-Massnahmen unter anderem bei der Bildung von ARGE.

⁹ Vgl. die Erwägungen der WEKO in Rz. 13 der Verfügung betreffend Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (Fn. 3).

¹⁰ Vgl. die Erwägungen der WEKO in Rz. 1037 der Verfügung betreffend Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (Fn. 3).

Zu beachten ist ferner der relevante Zeitraum: Gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. b KG entfällt eine Sanktionsbelastung, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung seit mehr als fünf Jahren nicht mehr ausgeübt worden ist.

Neben den Bussen sind als weitere Risiken insbesondere das Risiko von zivilrechtlichen **Schadenersatzklagen** und unter Umständen auch der **Nichtigkeit** der von der Abrede betroffenen Vereinbarungen zu berücksichtigen.

IV. Massnahmen für ein kartellrechtskonformes Verhalten (Compliance)

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen über unzulässige Verhaltensweisen und die damit verbundenen Risiken besteht ein Interesse der Unternehmen, sicherzustellen, dass sie bzw. alle ihre Mitarbeiter sich **kartellrechtskonform** verhalten. Zusammengefasst sind dabei namentlich folgende Regeln zu beachten:

- Kein Ersuchen um oder Anbieten von Schutz oder Stützofferten.
- Kein Austausch von Informationen insbesondere betreffend Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden (ausser bei der Bildung von ARGE oder beim Beizug von Subunternehmern).
- Bildung von ARGE einzig für Projekte, die nur gemeinsam realisiert werden können; sind die Beteiligten auch ohne Bildung einer ARGE in der Lage, das betreffende Projekt individuell zu realisieren, ist grosse Vorsicht geboten.
- Beizug von Subunternehmern nur dann, wenn dies die Effizienz erhöht und bessere und billigere Offerten ermöglicht¹⁷.

Empfehlenswert sind **Compliance-Programme**, da sich damit präventiv Fehlverhalten der Mitarbeiter und somit Verstösse gegen das Kartellrecht möglichst verhindern lassen. Ausserdem können gute Compliance-Programme als mildernde Umstände gelten und sich somit positiv auf die Festsetzung der Sanktionen auswirken. Die Anforderungen an Compliance-Programme sind allerdings hoch¹⁸. Im Sinne der Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates zur KG-Revision vom 22. Februar 2012¹⁹ betreffend Compliance-Programme müssen die Compliance-Massnahmen «Ausdruck nachhaltiger Bemühungen eines Unternehmens sein, Kartellrechtsverstösse generell und insbesondere auch der begangenen Art zu verhindern». Es genügt nicht, blosse Verhaltensrichtlinien aufzustellen und darauf zu vertrauen, dass diese eingehalten

werden. Vielmehr sind **konkrete und effektive Massnahmen** gefordert, namentlich eine regelmässige Risikoanalyse, die Abgabe von Weisungen und deren Durchsetzung sowie regelmässige Kontrollen. Die Unternehmen müssen nachweisen, dass die Massnahmen sachgerecht waren und nur aufgrund von speziellen, vom Unternehmen nicht zu vertretenden Umständen versagt haben²⁰.

Spezifisch in Bezug auf die **Bildung von ARGE** und den **Beizug von Subunternehmern** sollten Unternehmen ferner Folgendes beachten:

- Zunächst prüfen, ob die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind²¹; anschliessend sollte das Vorliegen dieser Voraussetzungen zeitnah dokumentiert werden, weil sich regelmässig zeigt, wie schwierig es sein kann, im Falle einer Untersuchung der WEKO nach mehreren Jahren die genauen Umstände zu rekonstruieren.
- Vertraglich regeln, dass Unternehmen, die aus der (geplanten) ARGE ausscheiden, nicht selbst eine Offerte eingeben und sich nicht einer anderen ARGE anschliessen dürfen. Das soll einen möglichen unzulässigen Informationsaustausch unter mehreren Bietern bzw. mit anderen ARGE verhindern. Zudem liesse das selbständige Eingeben einer Offerte darauf schliessen, dass das Unternehmen das Projekt allein ausführen kann²².

V. Selbstanzeige oder Kooperation: Vorteile, Nachteile und Risiken

Grundsätzlich empfiehlt es sich immer, mit den Wettbewerbsbehörden zu kooperieren. Die **Vorteile** liegen auf der Hand:

- Der Sanktionserlass beträgt in der Regel 100% für den ersten Selbstanzeiger und bis zu 50% ab dem zweiten Selbstanzeiger (in der Regel deutlich weniger ab dem dritten Selbstanzeiger).
- Gelegenheit, medial zu kommunizieren, dass man umfassend kooperiert.
- Gelegenheit, reinen Tisch zu machen.

Allerdings können mit einer Selbstanzeige bzw. Kooperation (welche unter anderem die Abgabe von Informationen und Dokumenten an die WEKO umfasst) auch beträchtliche Nachteile bzw. Risiken verbunden sein:

- Jeder (auch selbst angezeigte) Fall bewirkt grundsätzlich eine Erhöhung der Sanktion (der Basisbetrag berechnet sich aufgrund der Summe des Umsatzes der abgesprochenen Submissions-Projekte, an denen ein Unternehmen beteiligt ist)²³.

¹⁷ Vgl. dazu oben Ziff. II.

¹⁸ Für eine Darstellung der hohen Anforderungen der WEKO an Compliance-Programme vgl. auch GRÜNGER, Bussen gegen Submissionskartelle und die Anforderungen an «Compliance»-Programme, BR/DC, 1/2012, S. 130 ff.

¹⁹ Welche Punkte der KG-Revision letztendlich Gesetzeskraft erlangen, ist beim Verfassen dieses Beitrags Ende März 2014 noch offen.

²⁰ Vgl. dazu die Botschaft zur KG-Revision vom 22. Februar 2012, BBl 2012 S. 3959.

²¹ Vgl. dazu oben Ziff. II.

²² Vgl. dazu oben Ziff. II.

²³ Vgl. zur Bemessung der Sanktion oben Ziff. III.

- Wird die Sanktion ganz erlassen, hat die Selbstanzeige finanziell keine negative, sondern eine positive Auswirkung.
- Wird die Sanktion aber nur zu 50% oder weniger erlassen, bewirkt die Selbstanzeige oder Kooperation unter Umständen eine höhere Sanktion; das ist dann der Fall, wenn die Beteiligung eines Unternehmens an mehr Projekten nachgewiesen wird als ohne Selbstanzeige und dies durch den teilweisen Erlass nicht ausgeglichen wird (z.B. 50% oder 25% von CHF 2 Mio. ist mehr als 100% von CHF 200 000)²⁴.
- Selbst wenn die Sanktion vollständig erlassen wird, kann insbesondere aufgrund der zahlreichen nachgewiesenen Fälle oder der Höhe der erlassenen Sanktion unter Umständen in der Öffentlichkeit ein negativer Eindruck entstehen, das Unternehmen sei besonders stark in das unzulässige Verhalten verwickelt gewesen.
- Die Selbstanzeige bzw. Kooperation verursacht in der Regel höhere interne und externe Kosten, als ein Abstreiten des Sachverhalts.
- Dem Selbstanzeiger werden trotz Selbstanzeige und Kooperation anteilmässig die vollen Verfahrenskosten auferlegt. Je nach Höhe der Busse machen diese einen wesentlichen Bestandteil der Sanktion aus.
- Retorsionsmassnahmen durch Geschäftspartner können nicht ausgeschlossen werden.
- Es ist in der Schweiz noch nicht geklärt, inwieweit im Zusammenhang mit Schadenersatzklagen Akteneinsicht gewährt werden wird.

²⁴ Die WEKO versucht, teilweise Abhilfe zu schaffen: Falls die drei nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind, werden Projekte, die noch nicht bekannt waren und von einem nichtersten Selbstanzeiger als erste vorgelegt werden, bei ihm nicht sanktionserhöhend berücksichtigt: (a) Vorlage entscheidender Beweismittel (b) kurz nach Untersuchungseröffnung, wobei (c) alles offenzulegen und vollumfänglich zu kooperieren ist. Diese Voraussetzungen sind nicht ohne Weiteres zu erfüllen. Vgl. dazu Rz. 1166 ff. der Verfügung betreffend Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Fn. 3).

Auch wenn Selbstanzeigen grosse Vorteile haben können und selbstverständlich generell die Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden anzustreben ist, müssen sich Unternehmen auch der damit verbundenen Risiken und Nachteile bewusst sein.

VI. Schlussfolgerungen

Submissionsabreden sind unzulässig. Die Bildung von ARGE und der Beizug von Subunternehmern sind zulässig, wenn sie aus wettbewerbsrechtlicher Sicht geboten sind. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die beteiligten Unternehmen ein Projekt nicht allein ausführen und wenn erhebliche Effizienzsteigerungen erzielt werden können.

Die mit Kartellrechtsverstössen verbundenen Risiken können hoch sein. Es drohen Bussen von bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Unternehmen sollten deshalb die Einführung von Compliance-Programmen prüfen, da diese bereits präventiv Kartellrechtsverstösse verhindern können. Zudem kann die Verwendung eines zuverlässigen Compliance-Programms gegebenenfalls als sanktionsmildernder Umstand geltend gemacht werden.

Kommt es zu einer Untersuchung durch die WEKO, müssen die Unternehmen rasch und umfassend die Situation analysieren und die mit den verschiedenen Optionen verbundenen Vor- und Nachteile sowie Risiken abwägen. Gestützt darauf ist unter anderem zu entscheiden, ob eine Selbstanzeige erstattet werden soll. Dieser Entscheid hat kurzfristig zu erfolgen und kann weitreichende Konsequenzen haben. Es empfiehlt sich, auf eine solche Situation vorbereitet zu sein, denn sie kommt unangekündigt und umfasst oft auch eine Hausdurchsuchung und Einvernahmen.