

# Le droit public en mouvement

*Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /  
Vincent Martenet

Recherches juridiques lausannoises

Faculté de droit, des sciences criminelles et  
d'administration publique de l'Université de Lausanne

# Le droit public en mouvement

*Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /  
Vincent Martenet

Schulthess § 2020  
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: VERONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8739-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,  
92044 Paris La Défense Cedex  
[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,  
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;  
courriel: [patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek  
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques

## Sommaire

Préface .....	V-VII
<b>Partie I – Droit public : questions choisies</b>	
LAURENT BIERI Le rendement des immeubles subventionnés – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014.....	3-8
VÉRONIQUE BOILLET La libre-circulation des familles arc-en-ciel.....	9-20
JÉRÔME BÜRGISSER Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l’Union européenne d’intérêt pour le droit fiscal suisse .....	21-44
DAVIDE CERUTTI / VERONICA FRIGERIO La prétendue pyramide ou le débordement <sup>3</sup> .....	45-65
ROBERT J. DANON The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies.....	67-137
ALEX DÉPRAZ Changement de loi pendant la procédure de recours – <i>Lex Weber</i> et <i>Retour vers le futur</i> .....	139-152
GIOVANNI DISTEFANO Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles.....	153-165
NATHALIE DONGOIS / KASTRIOT LUBISHTANI Un droit pénal <i>publicisé</i> dans le contexte de la sécurité nationale à l’épreuve de la menace terroriste.....	167-189
CHRISTOPH ERRASS Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung .....	191-211
STEVE FAVEZ L’accueil collectif préscolaire .....	213-233
NOÉMIE GOFFLOT / AURÉLIEN VANDEBURIE L’impact du droit au respect des biens sur le domaine public.....	235-250
THIERRY LARGEY L’essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général.....	251-275
ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER Justizmanagement im Rechtsstaat.....	277-299
VINCENT MABILLARD / MARTIAL PASQUIER Transparence administrative et accès à l’information en Suisse et dans le monde .....	301-319
PIERRE MOOR Rationalité et subjectivité dans l’interprétation et l’application du droit.....	321-334
LAURENT MOREILLON / MATHILDE VON WURSTEMBERGER Réflexions sur l’art. 104 al. 2 CPP.....	335-345

ANOUK NEUENSCHWANDER Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés.....	347-360
NATHANAËL PÉTERMANN La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones .....	361-376
DENIS PIOTET La succession des droits et obligations au décès de l'administré .....	377-384
DAVID RENDERS Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?.....	385-398
CHRISTINE SATTIVA SPRING L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?.....	399-418
DENIS TAPPY Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile.....	419-434
PETER UEBERSAX Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung .....	435-465
<b>Partie II – L'État et les acteurs privés</b>	
MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen .....	469-504
DAVID BOULAZ La mise au concours des prestations de transport commandées .....	505-527
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN / SÉVERINE BEURET Réseaux de chaleur et marchés publics .....	529-548
NICOLAS F. DIEBOLD / MARTIN LUDIN Die Quasi-in-house-Ausnahme .....	549-567
ANNE-CHRISTINE FAVRE / SARAH VITTOZ Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques .....	569-596
VALENTINA GIOMI Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie – Le cas des taxis et des pharmacies.....	597-620
CLÉMENCE GRISEL RAPIN Une concession sans monopole ? L'exemple de la concession des maisons de jeu.....	621-632
ANDREAS HEINEMANN / FRANK STÜSSI Submissionkartelle .....	633-660
PIM HUISMAN / CHRIS JANSEN / FRANK VAN OMMEREN The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands .....	661-674
VINCENT MARTENET L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité ...	675-688
ARIANE MORIN L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat .....	689-695

PHILIPPE NANTERMOD Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse.....	697-709
TARCILA REIS JORDÃO Direct Agreement : facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil .....	711-728
MARKUS SCHOTT / RAPHAEL WYSS Grenzfälle im Beschaffungsrecht .....	729-743
HANSJÖRG SEILER Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform...	745-765
ANTONY TAILLEFAIT Les contrats d’emplois des agents du secteur public en Europe .....	767-780
PIERRE TSCHANNEN Hoheitliches Handeln von Privaten.....	781-798
BERNHARD WALDMANN / MARTIN D. KÜNG Beleihung und Konzession – Unterschiede und Berührungspunkte .....	799-814
ANDREAS ZIEGLER / SILVIO DA SILVA L’importance de l’Accord de l’OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse.....	815-827
<b>Partie III – Droit du territoire, de l’énergie et de l’environnement</b>	
BENOÎT BOVAY SOS-ISOS – Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs .....	831-843
VINCENT BRÜLHART Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l’exemple de la téléphonie mobile .....	845-860
ALEXANDRE FLÜCKIGER L’unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l’assaut du fédéralisme.....	861-869
ETIENNE GRISEL La géothermie entre droit fédéral et cantonal.....	871-886
PETER HÄNNI Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung – Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	887-903
ANDRÉ JOMINI Les plans en mouvement – Mesures conservatoires pour la révision des plans d’affectation.....	905-920
PETER M. KELLER Neues zu Wald und Raumplanung .....	921-933
GUILLAUME LAMMERS Le développement de la constitution environnementale.....	935-949

ARNOLD MARTI	
Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts .....	951-964
THOMAS MERKLI	
Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).....	965-978
YVES NOËL	
Il pleut des taxes... Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise .....	979-990
ALEXANDER RUCH	
Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund .....	991-1005
ANDREAS STÖCKLI / LUKAS MARXER	
Rechtliche Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz .....	1007-1034
THIERRY TANQUEREL	
Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux.....	1035-1047
DANIELA THURNHERR	
Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht – der kantonalen Spielraum nach BGE 143 II 467 .....	1049-1075
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY	
Le permis d'habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire .....	1077-1087
Liste des publications d'Etienne POLTIER.....	1089-1092
Liste des abréviations.....	1093-1104
Abkürzungsverzeichnis.....	1105-1121

## Submissionskartelle

### Zusammenfassung

Öffentliche und private Beschaffende zählen darauf, dass Unternehmen in Konkurrenz zueinander um Aufträge wetteifern. Geheime Abreden zwischen den Unternehmen über den Preis von Offerten und die designierte «Gewinnerin» von Vergaben untergraben diese Voraussetzung. Solche Submissionsabreden sind kartellrechtlich unzulässig. Die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat gehen hiergegen mit Kartellverfahren, Präventionsarbeiten und statistischen Instrumenten vor. Entsprechend wuchs die kartellrechtliche Praxis zu Submissionsabreden über die letzten rund zehn Jahre kontinuierlich an. Beschaffungsstellen gehen das Thema der Submissionsabreden zunehmend sensibilisierter an, statistische Aufdeckungsmöglichkeiten ermöglichen es, Kartelle aktiv aufzuspüren. Die Praxis zum zivilrechtlichen Schadenersatz bei Kartellrechtsverstössen ist hingegen dürftig. Nicht nur in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen, sondern auch hinsichtlich der Verjährung stossen die kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche auf Schwierigkeiten. Hohe Ansprüche an die Akteneinsicht bei der Kartellbehörde sowie die Rechtskraft von Sanktionsverfügungen als Zugangsvoraussetzung erschweren Schadenersatzklagen zusätzlich.

Inhalt	Seite
Einleitung	634
I. Submissionsabreden als Schwerpunkt der Wettbewerbsbehörden	635
II. Kartellverwaltungsrechtliches Vorgehen gegen Submissionsabreden	637
A. Untersuchungen und Entscheide	637
1. Subsumtion	637
2. Entscheidübersicht	638
3. Grundsatzfragen	641
a) Gesamt- und Einzelabreden	641
b) Sanktionierung von Submissionsabreden	643

---

\* Professor an der Universität Zürich und Präsident der Wettbewerbskommission.

\*\* Stellvertretender Direktor des Sekretariats der Wettbewerbskommission.

Die Verfasser geben ihre persönliche Meinung wieder. Sie danken Dr. Bendicht Lüthi für die kritische Durchsicht dieses Beitrages und seine wertvollen Kommentare.

c)	Bietergemeinschaften und Arbeitsgemeinschaften	645
B.	Prävention	645
C.	Statistische Aufdeckung	647
D.	Fazit	649
III.	Zivilrechtlicher Schadenersatz für Kartellopfer	649
A.	Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs	650
1.	Aktivlegitimation	650
2.	Passivlegitimation	651
3.	Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung	652
4.	Schaden und Kausalität	653
5.	Verschulden	654
B.	Verjährung	655
1.	Allgemeines	655
2.	Relative Verjährungsfrist	655
3.	Absolute Verjährungsfrist	656
4.	Fazit	657
IV.	Ausblick	658
	Literaturverzeichnis	659

## Einleitung

Koordinieren Unternehmen ihr Angebotsverhalten im Hinblick auf öffentliche oder private Beschaffungen, treffen sie sogenannte Submissionsabreden. Typischerweise stimmen die Submittenten ihre Angebote mit dem Ziel ab, einem Unternehmen den Auftrag zu einem bestimmten Preis zuzuschancen. Dieses, auch «Schutznehmer» genannt, gibt das «tiefste» Gebot ein. Die anderen Unternehmen, die «Schutzgeber», unterbreiten Gebote zu künstlich erhöhten Konditionen («Stützofferten») oder verzichten auf ein Gebot, obwohl sie ohne die Abrede am Beschaffungsprozess teilgenommen hätten. Für den Auftraggeber verschlechtert sich die Situation, da der Preis-, Qualitäts-, Konditionen- und Innovationswettbewerb nicht mehr ungestört funktioniert. Submissionskartelle können sich auf eine einzelne Beschaffung («Einzelabrede») oder auf eine Mehrzahl von Beschaffungen («Gesamtabrede») beziehen. Es ist davon auszugehen, dass Abredeteilige in der Regel in einer Art Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Es ist auch denkbar, dass die Schutzgeber für ihre Kooperation separat honoriert werden. Submissionskartelle sind im Hinblick auf alle Produkte (Waren und Dienstleistungen) denkbar. In der Praxis der Wettbewerbskommission (WEKO) standen Baukartelle im Vordergrund, wobei sowohl öffentliche als auch private Bauherren/innen davon betroffen waren.

Die Verfasser hoffen, mit dieser Skizze auf das Interesse des Jubilars zu stossen. *Etienne POLTIER* hat in seiner wissenschaftlichen und praktischen Arbeit das öffentliche Recht in eindrucklicher Breite und Tiefe abgebildet. Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe ist einer seiner zahlreichen Schwerpunkte, den er beispielsweise in seinem Standardlehrbuch zum *Droit des marchés publics* in allen Facetten auf den Punkt gebracht hat.<sup>1</sup> Dort behandelt er auch die kartellrechtlichen Aspekte. Die Verfasser knüpfen hieran an und möchten die jüngere Entwicklung aufzeigen, die sich im Hinblick auf die Aufdeckung, die Verfolgung, die rechtliche Würdigung und die Ahndung von Submissionskartellen im öffentlichen und Zivilrecht ergeben hat. Von besonderer Bedeutung sind auch die Anstrengungen zur Prävention und Aufdeckung illegalen Bieterverhaltens. So erst kann das Vergabefahren die wichtigen Funktionen erfüllen, die *Etienne POLTIER* so treffend herausgearbeitet hat.

## I. Submissionsabreden als Schwerpunkt der Wettbewerbsbehörden

Die öffentliche Hand kauft jährlich für rund CHF 40 Mia. Bauten, Dienstleistungen und Güter ein, z.B. Strassen, Brücken, Spitäler, Schulhäuser, Computer, Papier und Reinigungsarbeiten. Diese Beschaffungen sollen gemäss Beschaffungsrecht zu einem möglichst guten Preis-Leistungs-Verhältnis («wirtschaftlich günstigstes Angebot») erfolgen. Der Staat hat die öffentlichen Gelder wirtschaftlich einzusetzen. Zu diesem Zweck baut das Beschaffungsrecht auf wirksamen Wettbewerb. So sollen Unternehmen ihre Offerten in Wettbewerb zueinander und ohne Wissen über die Offerten ihrer Konkurrenten einreichen. Konkurrenz heisst, dass offerierende Unternehmen um Aufträge wetteifern müssen. Dieses Ziel unterwandern Unternehmen, soweit sie sich darüber absprechen, welches Unternehmen den Zuschlag für einen Beschaffungsauftrag zu einem bestimmten Preis erhalten soll. Zu solchen Abreden kam es in der Vergangenheit leider oft.

Das Sekretariat der Beschaffungskommission des Bundes (BKB) veröffentlichte 2004 die Ergebnisse einer Umfrage bei Beschaffungsstellen, Unternehmen, Spitzenverbänden und Organisationen der Wirtschaft sowie Vertretern/innen von Kantonen und Gemeinden zu den Stärken und Schwächen des Vergaberechts: Rund die Hälfte der Befragten gab an, einschlägige Erfahrungen mit Abreden zwischen offerierenden Unternehmen gemacht zu haben.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, 2014.

<sup>2</sup> BKB/KBOB, S. 40.

Im gleichen Zeitraum eröffnete das Sekretariat der WEKO im Kanton Tessin eine Untersuchung. Die WEKO stellte 2007 fest, dass im Kanton Tessin ein langjähriges, unzulässiges Kartell über Strassenbelagsarbeiten bestand.<sup>3</sup> 17 Bauunternehmen verteilten untereinander über 200 Bauprojekte. Sie legten fest, wer die einzelne Beschaffung «gewinnen» soll und zu welchem Offertpreis die designierte Zuschlagsempfängerin ihr Angebot einreicht. Die übrigen Unternehmen gaben höhere (Schutz-)Offerten ein. Dieses Kartell führte zu höheren Preisen und ineffizienten Marktstrukturen. Sinnbildlich sanken die Offertpreise nach Beendigung des Kartells um rund 30 Prozent und einige ineffizientere Unternehmen schieden aus dem Markt aus. Die öffentliche Hand zahlte folglich über Jahre hinweg zu hohe Preise für Strassenbauarbeiten, weil die Offerten nicht in einer Konkurrenzsituation zustande gekommen waren. Zudem verhinderte das Kartell, dass sich die Unternehmen echter Konkurrenz stellen mussten, wodurch die an sich angezeigte Bereinigung des Marktes nicht erfolgen konnte.

Höhere Preise, Qualitätsverluste, die Aufrechterhaltung nicht leistungsfähiger Marktstrukturen und weniger Innovation sind einige der Folgen von Submissionsabreden. Mehrere Untersuchungen und Studien zeigen die Wirkungen von Submissionskartellen auf die Preise auf: Die OECD geht von 10-20 Prozent höheren Preise infolge von Submissionsabreden aus.<sup>4</sup> LONDON ECONOMICS fasste in ihrer Arbeit für die dänische Wettbewerbsbehörde verschiedene Studien über Preisfolgen von Kartellen, namentlich von Submissionskartellen, zusammen: Solche Kartelle führen im Vergleich zu Wettbewerbssituationen ohne Abreden am Medianwert gemessen zu rund 25 Prozent und durchschnittlich gesehen zu rund 45 Prozent höheren Preisen.<sup>5</sup> Im Entscheid über Wettbewerbsabreden im *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*<sup>6</sup> bestand für eine Beschaffung eine Preisdifferenz von 70 Prozent zwischen den abgesprochenen und nicht abgesprochenen Offerten.

Das *Beschaffungsrecht* baut auf wirksamem Wettbewerb auf, damit die öffentliche Hand das durch Steuergelder gespiesene, bedeutende Beschaffungsvolumen wirtschaftlich einsetzt. Das *Kartellrecht* dient der Förderung und Sicherstellung des wirksamen Wettbewerbs. Submissionsabreden unterwandern diesen gesetzlich gewünschten und geforderten Wettbewerb. Deren unmittelbare Folgen wie höhere Offertpreise und schlechtere Qualität tragen die öffentliche Hand bzw. die Steuerzahler/innen. Mittel- und längerfristige Wirkungen wie ineffiziente Marktstrukturen mindern die volkswirtschaftliche Wohl-

---

<sup>3</sup> WEKO, Entscheid vom 19. November 2007, *Strassenbeläge Tessin*, RPW 2008/1, S. 50 ff. sowie 85 ff.

<sup>4</sup> OECD, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws*, DAFNE/COMP, 7, 2002, S. 7-9.

<sup>5</sup> LONDON ECONOMICS, S. 25 ff.

<sup>6</sup> WEKO, Entscheid vom 22. April 2013, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, RPW 2013/4, S. 524 ff.

fahrt. Im Weiteren entstehen eine Reihe von beschaffungsrelevanten Kosten wie jene für allfällige Verfahrensabbrüche oder die Einforderung von Schadensersatz. Deshalb haben die Wettbewerbsbehörden (WEKO und ihr Sekretariat) vor rund zehn Jahren einen Schwerpunkt auf die Bekämpfung von Submissionsabreden gesetzt.

## II. Kartellverwaltungsrechtliches Vorgehen gegen Submissionsabreden

Um die Problematik der Submissionskartelle möglichst umfassend abzudecken, entschieden die WEKO und ihr Sekretariat wie auch andere Wettbewerbsbehörden<sup>7</sup>, auf verschiedenen Ebenen gegen Submissionsabreden vorzugehen.<sup>8</sup>

- Untersuchungen und Entscheide: Konsequente Verfolgung von Submissionsabreden mittels kartellverwaltungsrechtlicher Verfahren.
- Information und Prävention: Submissionsabreden präventiv verhindern, insbesondere durch Sensibilisierung von Beschaffungsstellen.
- Statistische Aufdeckung: Entwicklung statistischer Kennwerte zur aktiven Aufdeckung von Abreden.

Das gemeinsame Ziel aller Aktivitäten besteht in der Verhinderung von Submissionsabreden.

### A. Untersuchungen und Entscheide

#### 1. Subsumtion

Als Wettbewerbsabreden gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Soweit eine derartige Wettbewerbsabrede vorliegt, ist zu

<sup>7</sup> Die OECD veranstaltet seit über zehn Jahren Roundtables für die Bekämpfung von Submissionsabreden. Zahlreiche Länder tragen zu diesen Bestrebungen bei. Vgl. dazu etwa <https://www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidrigginginpublicprocurement.htm> (besucht am 08.05.2019) sowie OECD, *Public Procurement, The Role of Competition Authorities in Promoting Competition*, DAF/COMP(2007)34, 2008.

<sup>8</sup> Vgl. Jahresbericht 2018 der WEKO, RPW 2019/1, S. 19 ff.; Jahresbericht 2014 der WEKO, RPW 2015/1, S. 16 f.; Jahresbericht 2012 der WEKO, RPW 2013/1, S. 5; OECD-Toolbox: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/> (besucht am 08.05.2019).

prüfen, ob sie gegen Art. 5 KG verstösst oder nicht. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Insbesondere im Falle von Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen sowie über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern wird nach Art. 5 Abs. 3 KG vermutet, dass sie den wirksamen Wettbewerb nicht nur erheblich beeinträchtigen, sondern beseitigen. Solche Wettbewerbsabreden können gemäss Art. 49a KG mit einem Betrag von bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes sanktioniert werden.

Submissionsabreden, also Abreden über die Aufteilung von Vergaben und den Offertpreis, sind typischerweise als Geschäftspartner- und als Preisabreden zu qualifizieren. Als harte horizontale Kartelle erfüllen sie in der Regel den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG und sind grundsätzlich zu sanktionieren.

## 2. Entscheidübersicht

Die WEKO schloss nach dem erwähnten Entscheid *Strassenbeläge Tessin* mehrere Untersuchungen gemäss Art. 27 ff. KG zu Submissionsabreden ab und entwickelte so eine ständige Praxis.<sup>9</sup> Die folgende Übersicht enthält die von 2007 bis 2019 gefällten WEKO-Entscheide:

Entscheid, Entscheidjahr, mit / ohne einvernehmliche Regelung (EVR), Rechtskraft	Art und Dauer der Abrede/n	Anzahl betroffener Beschaffungen
<i>Strassenbeläge Tessin</i> , <sup>10</sup> 2007, ohne EVR, nach Entscheid des BVGer rechtskräftig	Horizontale Gesamtabrede, 1999–2003 (z.T. bis 2005)	Über 200
<i>Elektroinstallationsbetriebe Bern</i> , <sup>11</sup> 2009, mit EVR, rechtskräftig	Horizontale Einzelabreden, 2006–2008	Über 100
<i>Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau</i> , <sup>12</sup> 2011, ohne EVR, Beschwerde eines Unternehmens vor BGer hängig	Horizontale Einzelabreden, 2006–2009	Rund 100

<sup>9</sup> Vgl. Jahresbericht 2018 der WEKO, S. 19 ff. (vgl. Fn. 8).

<sup>10</sup> S. Fn. 3.

<sup>11</sup> WEKO, Entscheid vom 6. Juli 2009, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, RPW 2009/3, S. 196 ff.

<sup>12</sup> WEKO, Entscheid vom 16. Dezember 2011, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*, RPW 2012/2, S. 270 ff.; Entscheide des BVGer vom 25.06.18, B-807/2012, B-771/2012, B-829/2012, B-880/2012.

<i>Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich</i> , <sup>13</sup> 2013, ohne EVR, rechtskräftig	Horizontale Einzelabreden, 2006–2009	Rund 30
<i>Tunnelreinigung</i> , <sup>14</sup> 2015, mit EVR, rechtskräftig	Horizontale Gesamtabrede, 2008–2013	Nicht bekannt
<i>Bauleistungen See-Gaster</i> , <sup>15</sup> 2016, z.T. mit EVR, vor BVGer hängig	Horizontale Gesamtabrede, 2002–2009	Rund 240
<i>Eflare</i> , <sup>16</sup> 2016, mit EVR, rechtskräftig	Vertikale Einzelabrede, 2015	1
<i>Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal</i> , <sup>17</sup> 2017, ohne EVR, rechtskräftig	Horizontale Gesamtabrede, 2004–2012	Über 100
Sechs Entscheide <i>Hoch- und Tiefbau Engadin III, IV, V, VII, U, Q</i> , <sup>18</sup> 2017, ohne EVR, zwei Entscheide rechtskräftig, vier Entscheide vor BVGer hängig	Horizontale Einzelabreden, 2009–2012	8
<i>Hoch- und Tiefbau Engadin I</i> , <sup>19</sup> 2018, ohne EVR, drei Beschwerden vor BVGer hängig	Drei horizontale Gesamtabreden und elf horizontale Einzelabreden, 1997–2012	Rund 400
<i>Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II</i> , 2019, <sup>20</sup> ohne EVR, vor BVGer hängig	Zehn horizontale Einzelabreden, 2008–2012	10

<sup>13</sup> S. Fn. 6.

<sup>14</sup> WEKO, Entscheid vom 23. Februar 2015, *Tunnelreinigung*, RPW 2015/2, S. 193 ff.

<sup>15</sup> WEKO, Entscheid vom 8. Juli 2016, *Bauleistungen See-Gaster*, <https://www.weko.admin.ch> (besucht am 07.05.2019) → Aktuell → Letzte Entscheide.

<sup>16</sup> WEKO, Entscheid vom 19. Dezember 2016, *Eflare*, 2017/1, S. 96 ff.

<sup>17</sup> WEKO, Entscheid vom 6. Juli 2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, RPW 2017/3, S. 421 ff.

<sup>18</sup> WEKO, Entscheid vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbau Engadin III*, RPW 2018/4, S. 756 ff.; WEKO, Entscheid vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbau Engadin IV*, RPW 2018/4, S. 801 ff.; WEKO, Entscheid vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbau Engadin V*, <https://www.weko.admin.ch> (besucht am 07.05.2019) → Aktuell → Letzte Entscheide; WEKO, Entscheid vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbau Engadin VII*, RPW 2018/4, S. 820 ff.; WEKO, Entscheid vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbau Engadin U*, RPW 2018/4, S. 736 ff.; WEKO, Entscheid vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbau Engadin Q*, RPW 2018/4, S. 841 ff.

<sup>19</sup> WEKO, Entscheid vom 26. März 2018, *Hoch- und Tiefbau Engadin I*, <https://www.weko.admin.ch> (besucht am 07.05.2019) → Aktuell → Letzte Entscheide.

<sup>20</sup> WEKO, Entscheid vom 27. Mai 2019, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II*, <https://www.weko.admin.ch> (besucht am 27.09.2019) → Aktuell → Medieninformationen vom 3. September 2019.

<i>Bauleistungen Graubünden</i> , <sup>21</sup> ohne EVR, vor BVGer hängig	1 Gesamtabrede, 2004-2010	650
--	---------------------------	-----

Die in diesen Entscheiden festgestellten Submissionsabreden waren meist horizontale Preis- und Geschäftspartnerabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG. Eine Ausnahme bildet der Entscheid *Eflare Warnblitzleuchten* über eine vertikale Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG. Über alle Entscheide gesehen betreffen die verschiedenen Gesamt- und Einzelabreden mehr als 1800 Beschaffungs- bzw. meist Bauprojekte. Die einzelnen Bauprojekte umfassten Auftragsvolumina von wenigen CHF 1000 bis mehreren Millionen. Beispielsweise umfassten die im Entscheid *Engadin I* aufgedeckten Abreden vorsichtig geschätzt ein Beschaffungsvolumen, das CHF 100 Mio. deutlich übersteigt. Über alle Entscheide gesehen, war die überwiegende Mehrheit der aufgedeckten Abreden gegen öffentliche, eine Minderheit gegen private Bauherren/innen gerichtet.

Erwähnenswert ist, dass die meisten WEKO-Entscheide rechtskräftig sind, obwohl nur in einer Minderzahl der Untersuchungen einvernehmliche Regelungen gemäss Art. 29 KG geschlossen wurden. Jene Entscheide, welche vor dem BVGer oder BGer hängig sind, haben zudem regelmässig eine Mehrheit der von den WEKO-Entscheiden betroffenen Unternehmen akzeptiert.

In der Übersicht unerwähnt bleibt eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG, welche die Meldesysteme der Baumeisterverbände zum Gegenstand hatte.<sup>22</sup> Auslöser bildeten die während den Untersuchungen *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau* sowie *Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich* entdeckten Meldesysteme von Baumeisterverbänden, welche in jenen Verfahren nicht eingehend untersucht wurden. Das Sekretariat der WEKO schuf sich in der Vorabklärung einen Überblick über die Existenz der Meldesysteme aller Baumeisterverbände der Schweiz, deren Funktionieren sowie Zweck und nahm eine kartellrechtliche Einordnung vor. Das Sekretariat stellte fest, dass die regionalen Baumeisterverbände die Interessen von Unternehmen an der Teilnahme von Vergabeprozessen mittels Meldesystemen sammelten und allen Unternehmen das gegenseitige Interesse an den konkreten Vergaben mitteilten. Diese wechselseitige Bekanntgabe der Teilnahmeabsicht an Vergaben zwischen direkten Konkurrenten verstösst gegen Art. 5 KG. Die Meldesysteme schufen die Möglichkeit für das Treffen von Submissionsabreden und vermochten damit den Wettbewerb zumindest erheblich zu beeinträchtigen. Infolge der Vorabklärung passten die Baumeisterbände ihr Verhalten an. Mit dem Entscheid *Engadin*

<sup>21</sup> WEKO, Entscheid vom 19. august 2019, *Bauleistungen Graubünden*, <https://www.weko.admin.ch> (besucht am 27.09.2019) → Aktuell → Medieninformationen vom 3. September 2019.

<sup>22</sup> S. SEKRETARIAT DER WEKO, Vorabklärung, *Meldesysteme Baumeisterverbände*, RPW 2014/2, S. 373 ff.

I stellte die WEKO 2017 konkret fest, dass das angewandte Meldesystem die Basis für sogenannte Vorversammlungen bildete, die der Graubündnerische Baumeisterverband bis 2008 organisierte. An diesen Vorversammlungen wurden hunderte von unzulässigen Submissionsabreden getroffen.

### 3. Grundsatzfragen

Die verschiedenen Entscheide erlaubten es den Wettbewerbsbehörden nicht nur, Kartelle aufzudecken, sondern mehrere relevante Grundsatzfragen zu klären. Neben der bereits erwähnten regelmässigen Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG und der damit einhergehenden Sanktionierung dieser Verhaltensweisen sind die Unterscheidung in Gesamt- und Einzelabreden, die Sanktionierung umsatzloser Abreden sowie die kartellrechtliche Beurteilung von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften (BIEGE und ARGE) hervorzuheben.

#### a) Gesamt- und Einzelabreden

Spieltheoretisch gesehen stellt die Teilnahme von Unternehmen an einem Beschaffungsprozess eine Art einmaliges, statisches Spiel (sog. «one shot game») dar.<sup>23</sup> So findet die Vergabe für ein einzelnes Beschaffungsobjekt meist nur einmal statt – ausser bei einem Abbruch und einer erneuten Durchführung derselben Beschaffung. Über längere Perioden betrachtet allerdings beschaffen Private und die öffentliche Hand gleiche oder ähnliche Güter und Leistungen wiederholt. Submittenten betrachten demnach einzelne Beschaffungen nicht unabhängig von anderen Vergaben: Das einzelne Unternehmen «bedingt» ihre Offerte in einer Beschaffung auf ihre Angebote und die erwarteten Chancen für den Zuschlag in anderen Beschaffungen («repeated games»). Das mehrfache und wiederholte Stattfinden von ähnlichen oder gleichen Beschaffungsprozessen erleichtert kollusives Verhalten unter den Submittenten. Denn eine einzelne (erfolgreiche) Submissionsabrede zwischen Unternehmen bezüglich eines einzelnen Bauprojekts führt dazu, dass nur ein bestimmtes Unternehmen den Zuschlag erhält. Die anderen Abredeteiligen gehen leer aus, was aus Sicht von effizient handelnden, sich in Konkurrenz befindenden Unternehmen nicht nachvollziehbar ist.

Damit ein Unternehmen Interesse daran hat, einem Konkurrenten einen Auftrag zu überlassen, muss es dadurch über kurz oder lang gesehen in irgendeiner Form einen Vorteil erlangen, mithin eine Gegenleistung erhalten. Die Gewährung eines Schutzes bedingt folglich eine Kompensation. Diese kann etwa in Form einer Seitenzahlung, eines Subun-

---

<sup>23</sup> Zu den folgenden zwei Abschnitten s. *Tunnelreinigung*, S. 206 ff., Rz. 78 ff. mit entsprechenden Verweisen (vgl. Fn. 14).

ternehmerauftrages oder eines anderweitigen «Gefallens» bestehen.<sup>24</sup> In der Praxis der WEKO zeigte sich, dass die Kompensation bzw. Gegenleistung für die Zuteilung eines Projektes oder den Eingabeverzicht in der Regel durch die Schutzgewährung in einem anderen Beschaffungsverfahren abgegolten wurde. Die Abredeteiligen wechselten sich mit anderen Worten als designierte Zuschlagsempfängerinnen ab. Es bestand folglich häufig ein natürlicher Konsens der Abredeteiligen über mehrere Ausschreibungen hinweg. Spieltheoretisch ausgedrückt: Durch die wiederholte Absprache mehrerer Beschaffungen können Abredeteilige auf vergangenes Verhalten ihrer Abredepartner reagieren, d.h. sich in zukünftigen Vergabeverfahren gegenseitig «belohnen» (oder «bestrafen»).

Welchen Inhalt der natürliche Konsens zwischen Unternehmen hat, insbesondere ob er darüber besteht, sich dauerhaft und über mehrere Beschaffungen hinweg in einer bestimmten Form zu koordinieren und damit das Konkurrenzverhältnis einzuschränken, ist primär eine Sachverhaltsfrage. Der Inhalt des Konsenses kann unterschiedlich sein und ist einzelfallbezogen festzustellen. So kann er sich beispielsweise auf die Zuteilung von allen oder nur einer bestimmten Art von Bauprojekten beziehen oder die Aufteilung nach Beschaffungsgebieten oder Bauherren/innen beschlagen. Die Bestimmung des Preises der designierten Gewinnerofferte kann im Voraus festgelegt sein oder situativ erfolgen. Der Konsens kann sodann schriftlich festgehalten werden, mündlich erzielt worden sein oder auch konkludent.

Auch wenn, wie gezeigt, eine Kompensation mittels Gegenleistungen und damit das Vorliegen eines umfassenden Konsenses aus ökonomischer Sicht auf der Hand liegt, ist die Beweisführung nicht einfach. Soweit es der WEKO in der Vergangenheit gelang, einen dauerhaften, mehrere Beschaffungen umfassenden Konsens zwischen Unternehmen festzustellen, bezeichnete sie diesen im Kontext von Art. 5 KG als *Gesamtabrede*. Falls die WEKO keinen über das Grundverständnis eines erwarteten künftigen «Gefallens» hinausgehenden Zusammenhang zwischen einzeln abgesprochenen Beschaffungen zu ermitteln vermochte, bezeichnete sie Submissionsabreden über einzelne Vergaben als *Einzelabreden*.

---

<sup>24</sup> Teilweise gaben Kartellbeteiligte an, auf Anfrage von Beschaffungsstellen eine Offerte einzureichen, auch wenn sie keinerlei Interesse am Auftrag gehabt hätten, nur um bei den Vergabestellen im Gespräch zu bleiben und ein anderes Mal wiederum angefragt zu werden. Da die Erstellung einer Offerte mit Aufwand verbunden sei, sei es einfacher gewesen, die Offerte eines am Vergabeprozess teilnehmenden Konkurrenten zu erfragen, diese im Wesentlichen zu übernehmen, aber zu einem höheren Preis einzugeben. Mit der Überlassung der eigenen Offerte erbringt der Schutznehmer dem Schutzgeber einen «Gefallen» im Hinblick auf künftige Ausschreibungen derselben Beschaffungsstelle und erhält dafür die Gewissheit, im konkreten Fall nicht konkurrenziert zu werden. Koordinationen aus diesem Motiv stellen – unabhängig von der Glaubwürdigkeit eines solchen Vortrags – gemäss WEKO-Praxis ebenfalls unzulässige Abreden dar.

Der gelungene Nachweis einer Gesamtabrede hat verschiedene Konsequenzen, z.B. für die Marktabgrenzung, die Würdigung der Wettbewerbsbeseitigung oder die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs sowie für die Sanktionierung. Beweist die Behörde das Vorliegen einer Gesamtabrede, hat sie nicht zusätzlich Abreden einzelner Beschaffungen zu beweisen – denn diese sind ja der bewiesenen Gesamtabrede und deren Umsetzung inhärent und können daher als blosse «Umsetzungsabreden» bezeichnet werden. Sich dabei auf den Standpunkt zu stellen, eine Gesamtabrede sei bloss die Summe der Einzelabreden, ist allerdings unrichtig. Der Konsens bei einer Gesamtabrede ist ein inhaltlich anderer: er besteht im Willen der Abredeteiligen, sich dauerhaft über mehrere Beschaffungen hinweg (in der je nach im einzelnen Umsetzungsfall geboten erscheinender, z.T. unterschiedlicher Zusammensetzung) zu koordinieren. Bei Einzelabreden bezieht sich der Konsens der jeweils Beteiligten hingegen nur gerade auf die ad hoc Zuteilung einer einzelnen Beschaffung.

Als Beispiel für eine Gesamtabrede sei der hiervor erwähnte, rechtskräftige Entscheid im Fall *Münstertal*<sup>25</sup> angeführt: Mehrere Bauunternehmen legten zwischen 2004 bis 2012 für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger sowie den jeweiligen Offertpreis fest. Diese Unternehmen bezweckten, sich bezüglich Zuschlag und Preis grundsätzlich – und nicht etwa nur für einzelne sporadische Beschaffungen – nicht zu konkurrenzieren. Die Gesamtabrede wurde schliesslich mit Umsetzungsabreden über 100 Bauprojekte umgesetzt. Der Konsens der Unternehmen beschränkte sich dabei nicht auf eine bestimmte Anzahl von Bauprojekten, sondern bezog sich generell darauf, das unternehmensindividuelle Interesse an Bauprojekten miteinander zu besprechen und die Bauprojekte untereinander aufzuteilen. Schätzungsweise 85 Prozent der öffentlichen Vergaben im betroffenen Gebiet waren in der Folge von dieser Gesamtabrede betroffen. Im Entscheid *Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich*<sup>26</sup> hingegen konnte ein solch umfassender Konsens nicht festgestellt werden. Vielmehr musste die WEKO sachverhältnismässig davon ausgehen, dass sich verschiedene Unternehmen in unterschiedlichen Konstellationen ad hoc für rund 30 Vergaben absprachen, so dass hier eine entsprechende Anzahl von Einzelabreden (rechtskräftig) festgestellt wurde.

## b) Sanktionierung von Submissionsabreden

Die WEKO entwickelte mit den Entscheiden zu Submissionskartellen nicht nur die Sanktionspraxis im Allgemeinen (wie etwa hinsichtlich des Gehalts von Selbstanzeigen und der entsprechenden Höhe der Sanktionsreduktion oder in Fragen der Unternehmenskontinuität), sondern auch zu spezifischen Fragen. Hervorzuheben sind die Sanktionie-

---

<sup>25</sup> Vgl. Fn. 17.

<sup>26</sup> Vgl. Fn. 6.

zung umsatzloser Abredeteilnahmen sowie die Beurteilung der Schwere der Verstösse für unterschiedliche Abredekonstellationen.

Der Basisbetrag für die Sanktionsbestimmung bemisst sich gemäss Art. 49a Abs. 1 KG nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Während Gesamtabreden einen grösseren relevanten Markt betreffen, beziehen sich Einzelabreden auf einzelne Beschaffungsobjekte. Folglich sind bei der Sanktionsbemessung für eine Gesamtabrede sämtliche in einem relevanten Markt erzielten Umsätze einzubeziehen. Im Falle von Einzelabreden bildet hingegen das einzelne Beschaffungsobjekt bzw. die tiefste der abgesprochenen Offerten die Basis für die Sanktionierung.

Gesamtabreden stellen schwerwiegende Verstösse dar, weshalb die WEKO unter Berücksichtigung verschiedener Kriterien wie der Beseitigung oder Beeinträchtigung des Wettbewerbs sowie des betroffenen Beschaffungsvolumens die Basisbeträge in ihren Entscheiden meist zwischen 8-10 Prozent festlegte. Einzelabreden handhabte die WEKO aus verschiedenen Gründen differenzierter: Während erfolgreiche Schutznehmer infolge der Zuschlagserteilung einen Umsatz erzielen, realisieren Schutzgeber keinen Umsatz. Ähnlich gelagert ist der Fall, falls eine Abrede nicht erfolgreich war, etwa da ein nicht an der Abrede beteiligtes Unternehmen den Zuschlag erhalten hat oder ein Bauprojekt nach erfolgter Zuschlagserteilung nicht ausgeführt wurde. Gemäss dem Wortlaut von Art. 3 SVKG bemisst sich die Sanktion für unzulässige Verhaltensweisen am erzielten Umsatz auf dem relevanten Markt. Somit würde eine rein auf der Basis des Umsatzes auf dem relevanten Markt zu bemessende Sanktion folglich für Schutzgeber und im Falle von erfolglosen Abreden aufgrund des fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen. Letzteres widerspricht jedoch Art. 49a KG und entspricht auch nicht dem Sinn und Zweck der SVKG.

Vor diesem Hintergrund sowie unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen sanktionierte die WEKO auch umsatzlose Abredeteilnahmen<sup>27</sup> und legte für verschiedene Konstellationen jeweils einen Basisbetrag fest, der das tiefste abgesprochene Angebot einbezieht und die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt: Soweit Submissionsabreden erfolgreich waren und diese den wirksamen Wettbewerb beseitigten, sprach sie für das schutznehmende Unternehmen einen Basisbetrag von zehn Prozent und die Schutzgeber ein solcher von fünf Prozent aus. Erfolgreiche Abreden, die den wirksamen Wettbewerb un gerechtfertigt beeinträchtigen, führen zu einem Basisbetrag von acht Prozent für das schutznehmende Unternehmen und von vier Prozent für die schutzgebenden Unternehmen. Soweit Abreden erfolglos blieben, rechnete die WEKO mit einem Basisbetrag von fünf Prozent für die Schutznehmerin und der Hälfte für die Schutzgeberin. Basis für die

---

<sup>27</sup> In diesem Sinne auch das BVGer in seinen Entscheiden vom 25. Juni 2018 (s. Fn. 12).

Umsatzberechnung bildete dabei in allen Konstellationen für alle Abredebeteiligten der (potenzielle) Umsatz der Schutznehmerin.<sup>28</sup>

### c) **Bietergemeinschaften und Arbeitsgemeinschaften**

Bietergemeinschaften (BIEGE) und Arbeitsgemeinschaften (ARGE) kommen gerade im Baugewerbe häufig vor. Sie beinhalten eine vertragliche Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Unternehmen, sind in der Regel zeitlich auf die gemeinsame Durchführung eines bestimmten Bauprojekts begrenzt und werden aus verschiedensten Gründen gebildet, beispielsweise zur Erfüllung der Eignungskriterien, Überwindung einer Markteintrittsbarriere oder Tragbarkeit der Risiken eines Bauprojektes. BIEGE und ARGE ermöglichen es Unternehmen oftmals erst, überhaupt für eine Beschaffung offerieren und ein Projekt ausführen zu können. Sie fördern damit regelmässig den Wettbewerb, bezwecken und bewirken folglich keine Wettbewerbsbeschränkung. Solche BIEGE und ARGE, die den Wettbewerb nicht beschränken, sind grundsätzlich nicht als Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, womit es nicht zu einer Prüfung gemäss Art. 5 KG kommt. Mit anderen Worten stellen BIEGE und ARGE in der Regel keine kartellrechtlichen Abreden dar und sind diesfalls zulässig.<sup>29</sup>

Gegenstand der hiervor aufgeführten Untersuchungen und Entscheide bildeten denn auch nicht BIEGE oder ARGE, sondern Submissionsabreden. Soweit ARGE zur Sprache kamen, boten die zwischen den ARGE-Partnern getroffenen Submissionsabreden Anlass für kartellrechtliche Bedenken, nicht aber die ARGE als solche.<sup>30</sup> Im Entscheid *Elektroinstallationsbetriebe Bern* etwa bildeten Unternehmen für einzelne Ausschreibungen «ARGE». Allerdings dienten diese bloss als Deckmantel für Submissionsabreden. So legten sie den Beschaffungsstellen die «ARGE» nicht offen, vielmehr reichten die einzelnen «ARGE»-Partner jeweils separate Offerten ein. Damit erweckten sie den Anschein von Wettbewerb und täuschten die Beschaffungsstellen.

## B. Prävention

«Sensibilisieren und verhindern»: So etwa lässt sich das Motto der WEKO und ihres Sekretariates und anderer Wettbewerbsbehörden<sup>31</sup> für ihre Präventionsarbeiten beschrei-

<sup>28</sup> Vgl. dazu primär die WEKO-Entscheide vom 2. Oktober 2017 (s. Fn. 18).

<sup>29</sup> Vgl. dazu mit entsprechenden Verweisen STÜSSI/LÜTHI, S. 205 ff.; Jahresbericht 2013 der WEKO, RPW 2014/1, S. 5 f.

<sup>30</sup> Vgl. dazu die zwei WEKO-Entscheide *Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Aargau und Zürich* (vgl. Fn. 6 und 12), *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (vgl. Fn. 11) und *Engadin I* (vgl. Fn. 19).

<sup>31</sup> Dazu etwa BUNDESKARTELLAMT; OECD, *Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen*, 2009; SEKRETARIAT DER WEKO, Checkliste «Indizien für Submis-

ben. Ab 2007<sup>32</sup> bot das Sekretariat der WEKO im Rahmen der Aus- und Weiterbildung im Beschaffungswesen des Kompetenzzentrums Beschaffungswesen Bund (KBB) für die Bundesverwaltung und die öffentlichen Unternehmungen des Bundes jährlich ein Ausbildungsmodul für Einkäufer/innen an. Ab 2009 ergab sich die Möglichkeit, in verschiedenen Kantonen Sensibilisierungsveranstaltungen durchzuführen. Das Interesse an diesen halb- oder ganztägigen Veranstaltungen nahm über die Jahre stetig zu, was u.a. mit den WEKO-Entscheiden zusammenhängt. Darüber hinaus hielten Vertreter/innen der Wettbewerbsbehörden zahlreiche Vorträge zum Thema Submissionsabreden. Ziel sämtlicher Veranstaltungen und Präsentationen ist die Sensibilisierung von Einkäufern/innen, Entscheidern/innen und einem breiten Publikum.

Den wesentlichen Inhalt der Veranstaltungen bilden folgende Elemente:<sup>33</sup> *Erstens* die Notwendigkeit des Aufbaus von Kenntnissen über einen Beschaffungsmarkt (u.a. über Marktteilnehmende, Produkte und Dienstleistungen, allfällige Substitute) vor der Durchführung der Beschaffung. Dieses Wissen erlaubt objektive Vergaben und eine Einschätzung des Kollisionsrisikos in den betreffenden Märkten. Letzteres ist z.B. in statischen, kleinräumigen Märkten mit wenigen Marktteilnehmenden höher als in dynamischen, internationalen Märkten mit vielen Marktakteuren. *Zweitens* die Kombination von Beschaffungsrecht und Marktkenntnissen bei gleichzeitiger Minimierung des Abspracherisikos. Beispielsweise erkannte die WEKO im Entscheid *Tunnelreinigung*, dass diverse Beschaffungsstellen Tunnelreinigungen in gleichen Zeitintervallen durchführten. Dieses Vorgehen dezimierte die ohnehin geringe Anzahl Reinigungsunternehmen pro Vergabeverfahren, so dass der Wettbewerb zusätzlich reduziert und die Abreden erleichtert wurden. *Drittens* die Vermittlung der Indizien für Abreden, wie z.B. nicht nachvollziehbare Preissteigerungen im Vergleich zu früheren Beschaffungen, ähnliche oder gar identische Offerten unterschiedlicher Submittenten, eine deutlich grössere Preisdifferenz zwischen dem Angebot der Zuschlagsempfängerin zum zweitbesten Angebot im Vergleich zu den Preisdifferenzen zwischen dem zweitbesten Angebot und den restlichen Angeboten. Diese drei wesentlichen Elemente untermauern die Wettbewerbsbehörden anlässlich der Sensibilisierungsveranstaltungen mit ihren Entscheiden und den daraus erwachsenden Erkenntnissen.

Unter die Präventionsarbeit der Wettbewerbsbehörden fällt auch, gestützt auf Art. 46 KG an den Revisionsarbeiten des Beschaffungsrechts mitzuwirken und damit die in Kartellverfahren gewonnenen Erfahrungen und Erkenntnisse einfließen zu lassen. Zudem geht von den WEKO-Entscheiden ein präventiver Effekt aus. Sie erhöhen das Wissen und die

---

sionsabsprachen», RPW 2006/2, S. 414 f. Der OECD-Leitfaden existiert in 26 Sprachen, was die internationale Dimension der Thematik aufzeigt.

<sup>32</sup> Dazu WEKO in ihrem Jahresbericht 2015 (vgl. Fn. 8).

<sup>33</sup> Dazu WEKO in ihren Jahresbericht 2018 und 2015 (vgl. Fn. 8); GRÄTZ/STÜSSI, S. 86 ff.

Sensibilisierung in Bezug auf Submissionskartelle, führen zu einem öffentlichen Diskurs und schrecken Unternehmen davon ab, Submissionsabreden zu treffen.

## C. Statistische Aufdeckung

Am Anfang eines Verfahrens der WEKO steht ein Auslöser, meist in Form einer Anzeige oder eines Hinweises: Anzeige oder Selbstanzeige eines Unternehmens, Hinweise eines/r Bürger/in, Beschwerden von öffentlichen Ämtern, Parlamenten oder Regierungen, Meldungen von Whistleblowern etc. Die WEKO speist sich weitgehend aus solchen Anzeigen und Meldungen. Im Vergabebereich treten zunehmend betroffene Beschaffungsstellen mit Auffälligkeiten an die WEKO und ihr Sekretariat heran. Dies lässt sich nicht nur auf die in Art. 33 Org-VöB verankerte Pflicht zur Meldung von Verdachtsmomenten an die WEKO zurückführen, sondern auch auf die erhöhte Sensibilität der Beschaffungsstellen.

Jede Anzeige erhöht die präventive Wirkung des Kartellgesetzes. Je stärker Unternehmen die Aufdeckung von Abreden fürchten müssen, desto seltener treffen sie solche. Die WEKO und ihr Sekretariat haben entschieden, dieses präventive Element zu verstärken, indem sie proaktiv (Submissions-)Abreden aufzudecken versuchen und zu diesem Zweck in einem Pilotprojekt statistische Kennwerte zur aktiven Aufdeckung von Abreden entwickelt haben, nämlich den «Variationskoeffizienten» und das «relative Distanzmass». Unter den so genannten Screening-Methoden zählen diese Kennwerte zum Verhaltensscreening.<sup>34</sup>

Die vom Sekretariat der WEKO entwickelten statistischen Indikatoren beruhen auf einer zentralen Annahme: Die Verteilung der Offertpreise verändert sich in Vergabeprozessen in Abhängigkeit davon, ob Unternehmen Submissionsabreden getroffen haben oder nicht. So ist die Streuung der Angebote während einer Kartellphase regelmässig kleiner als ausserhalb einer Kartellphase. Diese Angebotsstreuung lässt sich mit dem Variationskoeffizienten messen. Zudem ist infolge von Abreden die Differenz zwischen dem abgesprochenen «tiefsten» Offertpreis zum «zweittiefsten» Offertpreise oftmals grösser als die Differenzen zwischen der «zweittiefsten» und den nachfolgenden abgesprochenen Offerten. Durch diese Differenz zum «tiefsten» Offertpreise stellen die sich absprechenden Unternehmen sicher, dass die designierte Zuschlagsempfängerin den Zuschlag unter Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien erhält. Diese Differenzen lassen sich mit dem relativen Distanzmass messen.

Das Sekretariat benötigte für die Entwicklung dieser Kennwerte vor allem Offertdaten aus Ausschreibungen während und ausserhalb von Kartellphasen. Die Untersuchung

---

<sup>34</sup> Einfach erklärt durch IMHOF, Mit Statistik gegen Kartelle, S. 20 f.

*Strassenbeläge Tessin* eignete sich als Ausgangspunkt, da Daten von über 200 Strassenbauprojekten vorlagen und diese zudem einen Vergleich zwischen dem Angebotsverhalten während und ausserhalb der Abredephase ermöglichten. Dies lässt sich anhand der in jenem Entscheid<sup>35</sup> enthaltenen Streuungsdarstellung illustrieren.

Im Jahr 2009 intensivierte das Sekretariat der WEKO die Suche nach geeigneten Offertdaten. Diese sollten es erlauben, die erlangten Erkenntnisse in anderen Gebieten als im Tessin anzuwenden. Wie bei der Entwicklung galt bei der Anwendung der Kennwerte, dass eine grössere Anzahl Daten robustere Resultate ergibt. Die Bemühungen und statistischen Arbeiten führten 2013 erstmals zur analysegestützten Eröffnung einer Untersuchung.<sup>36</sup> Die Wettbewerbsbehörden deckten im Rahmen dieser Untersuchung ein jahrelang bestehendes, umfassendes Submissionskartell auf.

Mit den Arbeiten und dem Erfolg wuchs das Interesse sowohl in wissenschaftlichen<sup>37</sup> als auch angewandten Kreisen<sup>38</sup>. So wurden die entsprechenden Arbeiten des Sekretariates an ökonomischen Tagungen<sup>39</sup> diskutiert und fanden Eingang in wissenschaftliche Journals<sup>40</sup>. Gleichzeitig wuchs das Interesse anderer Wettbewerbsbehörden am Screening-Tool der WEKO. Die Wettbewerbsbehörden standen deshalb in Kontakt mit ausländischen Wettbewerbsbehörden (wie etwa Irland, Japan, Kanada und Portugal) und präsentierten ihre Erkenntnisse an zwei Roundtables der OECD<sup>41</sup>.

Das Screening-Tool erlaubt zwar nicht die Aufdeckung eines Kartells mittels eines simplen Knopfdrucks. Die Erlangung, Aufbereitung und Analyse von Offertdaten setzt insbesondere statistische Kenntnisse, Marktkenntnisse und Ressourcen voraus. Jedoch ist die Anwendung dieses Instrument relativ einfach lernbar und steht grundsätzlich allen

---

<sup>35</sup> Dazu S. 103, Abb. 2 (vgl. Fn. 3).

<sup>36</sup> WEKO-Entscheid *Bauleistungen See-Gaster* (s. Fn. 15).

<sup>37</sup> Vgl. etwa IMHOF, *Empirical Methods for Detecting Bid-Rigging Cartels*, <http://www.theses.fr/2018UBFCB005> (besucht am 10.05.2019).

<sup>38</sup> Vgl. auch OECD, *Fighting Bid Rigging in Public Procurement, Report on Implementing the OECD Recommendation*, 2016.

<sup>39</sup> Association of Competition Economics (ACE), Annual Conference, Switzerland Antitrust – Bid Rigging in Construction Works (See Gaster), 16. November 2018, Bologna, [https://www.competitioneconomics.org/events/annual\\_conferences/](https://www.competitioneconomics.org/events/annual_conferences/) (besucht am 08.05.2019); European Association for Research in Industrial Economics (EARIE), 41<sup>st</sup> Annual Conference, Screening for Bid Rigging – Does it Work, 30. August 2014, Mailand <http://www.earie2014.org/index.php?page=13> (besucht am 08.05.2019).

<sup>40</sup> Vgl. IMHOF mit Verweisen (s. Fn. 34).

<sup>41</sup> OECD-BWB, Workshop on Complex Cartel Case Management, 6.-7. Dezember 2018, Wien <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-bwb-workshop-on-complex-cartel-case-management.htm> (besucht am 08.05.2019); OECD, Workshop on Cartel Screening in the Digital Era, 30. Januar 2018, Paris, <https://www.oecd.org/competition/workshop-on-cartel-screening-in-the-digital-era.htm> (besucht am 08.05.2019).

Behörden und auch Beschaffungsstellen offen.<sup>42</sup> Soweit genügend gute Offerdaten existieren, können diese analysiert und damit Auffälligkeiten im Bieterverhalten von Submittenten, d.h. Indizien für Submissionsabreden, aufgedeckt werden. Somit erhöht sich die Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen und folglich auch die Angst von Unternehmen, Abreden zu schliessen.<sup>43</sup>

## D. Fazit

Die WEKO und ihr Sekretariat investierten in den letzten rund zehn Jahren in Praxis, Prävention und Aufdeckung von Submissionsabreden. Diverse rechtskräftige Entscheide zeigen die Verbreitung, das Funktionieren und die Schädlichkeit von Submissionskartellen. Die WEKO-Entscheide schrecken Unternehmen davor ab, Submissionsabreden zu treffen. In Sensibilisierungsveranstaltungen illustrieren die Wettbewerbsbehörden den Beschaffungsstellen, wie Submissionskartelle erkannt und deren Risiko minimiert werden können. Zudem gelang es, statistische Kennwerte zu entwickeln, die der aktiven Aufdeckung von Kartellen dienen. Zwischen WEKO-Entscheiden, präventiven Tätigkeiten und der statistischen Aufdeckung von Submissionsabreden existiert eine Wechselwirkung, welche die Bekämpfung dieser Kartelle effektiv und effizient gestaltet.

## III. Zivilrechtlicher Schadenersatz für Kartellopfer

Die Durchsetzung des Kartellrechts auf öffentlich-rechtlichem Weg führt zur Unterbindung des rechtswidrigen Verhaltens. Die zur Verfügung stehenden Sanktionen haben einen abschreckenden Effekt, so dass es zu weniger Kartellrechtsverstössen in der Zukunft kommt. Das *public enforcement* führt aber nicht zu einer Entschädigung der Kartellopfer. Hierzu bedarf es zivilrechtlicher Instrumente. Das 3. Kapitel des Kartellgesetzes ist dem zivilrechtlichen Verfahren gewidmet. In Art. 12 KG finden sich die «Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung», nämlich die Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung, Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe. Das Obligationenrecht ist ergänzend heranzuziehen. Im vorliegenden Zusammenhang soll der Schadenersatzanspruch herausgegriffen werden. Das Opfer eines Submissionskartells muss sechs Voraussetzungen beweisen (A.) und darauf achten, dass der Anspruch nicht verjährt (B.).

---

<sup>42</sup> Vgl. Anwendung der statistischen Methode gemäss Medienmitteilung vom 6. Mai 2019 des Kantons Thurgau (<https://www.tg.ch/news/news-detailseite.html/485/news/38894>, besucht am 07.05.2019).

<sup>43</sup> Auch die OECD empfiehlt die Entwicklung und Anwendung von statistischen Methoden, s. z.B. OECD, *Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels*, DAF/COMP(2013)27, 2013.

## A. Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs

Der in Art. 12 Abs. 1 lit. b KG aufgeführte Schadenersatzanspruch setzt neben der Aktivlegitimation der Anspruchsteller/innen und der Passivlegitimation der Anspruchsgegner/innen einen Kartellrechtsverstoss, einen Schaden, Kausalität und Verschulden voraus.

### 1. Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert ist gemäss Art. 12 Abs. 1 KG, wer «in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird». Unternehmen sind aufgrund dieser Formulierung in weitestem Umfang zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen berechtigt. Werden also private oder öffentliche Unternehmen Opfer eines Submissionskartells, besteht an ihrer Berechtigung zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen kein Zweifel. Auch für den Staat und seine Untergliederungen ist die Anspruchsberechtigung anerkannt.<sup>44</sup> So können beispielsweise Bund, Kantone und Gemeinden den Schaden einklagen, den sie aufgrund eines Submissionskartells erlitten haben.

Anders sieht es bei den Konsumenten/innen aus. Sie nehmen keinen Wettbewerb auf und üben ihn auch nicht aus, so dass sie die eingangs von Art. 12 Abs. 1 KG aufgestellte Anforderung nicht erfüllen. Die herrschende Meinung zieht hieraus die Konsequenz, dass Konsumenten/innen zur Geltendmachung kartellrechtlicher Ansprüche nicht berechtigt sind.<sup>45</sup> Nach gut begründeter Auffassung können Konsumenten/innen dann zwar auf der allgemeinen deliktsrechtlichen Grundlage, nämlich Art. 41 OR, vorgehen.<sup>46</sup> Diese Einschätzung ist aber umstritten und deshalb nur eine unsichere Grundlage für eine Prozessführung in der Praxis. Die Aktivlegitimation privater, nicht-unternehmerischer Bauherren/innen für die Erhebung von Schadenersatzklagen im Fall manipulierter Gebote ist demnach zweifelhaft und das dadurch entstehende Risiko schreckt unnötigerweise von der Erhebung von Zivilklagen ab.

Die Rechtslage ist unbefriedigend, und der Gesetzgeber sollte den Konsumenten/innen die kartellzivilrechtliche Aktivlegitimation einräumen bzw. deren Existenz in klarer Form festschreiben.<sup>47</sup> Abgesehen von dieser dringend erforderlichen Gesetzesänderung stellt sich die Frage, wie weit die Ausschlusswirkung von Art. 12 KG nach geltendem Recht reicht. Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass Art. 12 KG – vergleichbar mit den Art. 9 UWG, 72 ff. PatG, 55 MSchG, 35 DesG und 62 URG – deliktischen Charakter hat: Die Vorschrift regelt also nur die Rechtsfragen, die sich in Abwesenheit einer Son-

---

<sup>44</sup> VETTER, Art. 12 Rn. 3.

<sup>45</sup> Statt aller s. BUNDESRAT, Botschaft KG-Revision 2012, 3948.

<sup>46</sup> S. nur STOFFEL, S. 102.

<sup>47</sup> S. bspw. HEINEMANN, *Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts – Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage*, 66 f.

derverbindung zwischen den Parteien stellen. Besteht zwischen den Parteien hingegen ein vertragliches oder vertragsähnliches Verhältnis, treten vertragliche Haftungsgrundlagen hinzu.

So verhält es sich bei den Submissionsabreden: Der Auftraggeber schliesst in aller Regel mit einem der Bieter einen Vertrag über die ausgeschriebene Leistung ab. Zu diesem steht er also in einem vertraglichen Verhältnis. Im Verhältnis zu den anderen Bietern kommen die Regeln über das Verhalten vor und bei Vertragsschluss, also die Grundsätze der *culpa in contrahendo* (c.i.c.) zur Anwendung. In Abwesenheit einer einschlägigen Praxis sind die Konturen unklar. Auch die Literatur hat sich noch nicht systematisch mit den Einzelheiten der vertraglichen Kartellhaftung beschäftigt.<sup>48</sup> Entscheidend ist die Frage, ob eine vorvertragliche Pflicht zur Information über die Beteiligung an einer Kartellabsprache besteht. Gegenüber den Schutzgebern könnte die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht Ansprüche aus c.i.c. auslösen. Gegenüber dem Schutznehmer, der den Zuschlag erhält und mit dem Auftraggeber einen Vertrag abschliesst, könnten diese vorvertraglichen Pflichten in vertragliche umschlagen und dann Ansprüche aus Art. 97 ff. OR auslösen.<sup>49</sup> Beim ersten Schritt, der Existenz einer entsprechenden Aufklärungspflicht, bestehen allerdings Zweifel.<sup>50</sup> Für die Zwecke der Praxis kann dieser Stolperstein dadurch aus dem Weg geräumt werden, dass sich der Auftraggeber im Vergabeverfahren und sodann im Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger zusichern lässt, dass der Bieter nicht an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt ist.<sup>51</sup> An einer Pflichtverletzung besteht im Fall unrichtiger Angaben kein Zweifel.<sup>52</sup>

## 2. Passivlegitimation

Passivlegitimiert sind diejenigen Unternehmen, die an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt sind. Dies ist nicht nur das Unternehmen, mit dem nach Durchführung des Submissionsverfahrens der Vertrag zustande gekommen ist, sondern betrifft alle Unternehmen, die am Submissionskartell beteiligt waren. Sie haften gemäss Art. 50 und 51 OR als Solidarschuldner. Der Auftraggeber ist also nicht darauf beschränkt, den Vertragspartner in Anspruch zu nehmen, sondern kann frei entscheiden, gegen welche Kar-

<sup>48</sup> Im Vordergrund steht die Diskussion um die Reichweite der Nichtigkeit von Verträgen im Fall von Kartellrechtsverstössen, s. hierzu z.B. ARNET, Art. 13 Rn. 16 ff.

<sup>49</sup> Zum Verhältnis von Haftung aus c.i.c. und aus Vertrag s. HUGUENIN, Rn. 1565.

<sup>50</sup> Für das deutsche Recht s. FRANCK, 222 ff.

<sup>51</sup> Kantonale Gesetze sehen teilweise eine Pflicht zur Selbstdeklaration hinsichtlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen vor und spezifizieren die Rechtsfolgen im Fall einer Pflichtverletzung, z.B. ein Recht auf Vertragsauflösung und den Ausschluss von künftigen Beschaffungen, s. z.B. Art. 10 und 32 Submissionsgesetz Graubünden (SubG, SR 803.300).

<sup>52</sup> Ausserdem ist an die Möglichkeit der Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) mit Rückforderung nach Bereicherungsrecht zu denken.

tellbeteiligten er vorgeht.<sup>53</sup> Es ist auch denkbar, dass ein Auftraggeber Schadenersatzansprüche gegen die Kartellmitglieder geltend macht, obwohl er den Auftrag an einen Konkurrenten vergeben hat, der nicht am Kartell beteiligt war: Das Kartell kann nämlich die Preise heraufgetrieben haben, so dass auch die Kunden/innen kartellrechtskonformer Anbieter zu viel gezahlt haben (sog. «Preisschirmeffekt»<sup>54</sup>).

### 3. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

Der Schadenersatzanspruch aus Art. 12 KG setzt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, im vorliegenden Zusammenhang also ein verbotenes Submissionskartell voraus. Nach den allgemeinen Regeln der Beweislast (Art. 8 ZGB) muss der Auftraggeber die Existenz einer Wettbewerbsabrede nachweisen, wobei im Fall eines Submissionskartells typischerweise eine Preis- und Geschäftspartnerabrede vorliegt, was gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auslöst. Es liegt dann bei den Kartellbeteiligten, die Vermutung umzustossen, was eine Definition der relevanten Märkte und den Nachweis ausreichenden Aussen- oder Innenwettbewerbs voraussetzt. Gelingt die Umstossung der Vermutung, hat der Auftraggeber eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nachzuweisen. Dieser Nachweis ist seit dem *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts deutlich leichter geworden, weil nun im Fall von Vermutungstatbeständen grundsätzlich Erheblichkeit anzunehmen ist.<sup>55</sup> Eine allfällige Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG ist wiederum von den Kartellbeteiligten zu beweisen.

Kartelle werden insgeheim praktiziert und in mühseliger Detailarbeit durch Wettbewerbsbehörden aufgedeckt. Die Erfolgsaussichten von *stand alone*-Schadenersatzklagen (also von Zivilverfahren ohne vorangegangenes Behördenverfahren) sind deshalb eher gering. In der EU wurde speziell für das Kartellrecht eine an spezifische Voraussetzungen geknüpfte Pflicht zur Herausgabe von Beweismitteln eingeführt.<sup>56</sup> Der Schweizer Gesetzgeber sollte sich hieran orientieren: Ohne besseren Zugang zu Beweismitteln ist eine Bedeutungszunahme der *stand alone*-Klagen nicht zu erwarten. Aber auch die Follow-on-Klagen könnten durch den Gesetzgeber aufgewertet werden. Ein rechtskräftiger WEKO-Entscheid wird in einem Zivilverfahren zwar grosse Autorität haben. Formell

---

<sup>53</sup> REYMOND, Art. 12 Rn. 35, 107.

<sup>54</sup> S. hierzu EuGH, 5.6.2014, Rs. C-557/12 – *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317 und PICHT/FREUND, Rn. 30 f.

<sup>55</sup> BGE 143 II 297.

<sup>56</sup> S. Art. 5 der Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349/1 («EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie»).

bindend ist er aber für das Zivilgericht nicht.<sup>57</sup> Auch hier könnte die EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie zur Orientierung dienen: In der EU sind nationale Gerichte an die bestandskräftige Feststellung einer Zuwiderhandlung durch Wettbewerbsbehörden bzw. Gerichte gebunden.<sup>58</sup>

Hiermit wird aber eben nur der Nachweis des Kartellrechtsverstosses erleichtert. Die WEKO untersucht nicht, zu welchem Schaden die Gesetzesverletzung geführt hat, und widmet sich deshalb auch nicht der Frage der Kausalität zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Schaden. Hier stellen sich weitere Schwierigkeiten, auf die im Folgenden einzugehen ist.

#### 4. Schaden und Kausalität

Nach den allgemeinen Grundsätzen, nämlich der Differenzhypothese, ist die Situation herzustellen, die ohne das schädigende Ereignis bestünde. Bei den Submissionskartellen besteht der Schaden im kartellrechtswidrigen Aufpreis. Dessen Ermittlung bereitet grösste Schwierigkeiten, da Feststellungen darüber zu treffen sind, welcher Preis sich bei echtem Wettbewerb, d.h. solchem ohne Abrede, ergeben hätte. Die Quantifizierung des Schadens ist ein Hauptproblem im Kartellzivilrecht.<sup>59</sup> Stellt man hier übertriebene Anforderungen, werden die Kosten für ökonomische Expertisen in die Höhe getrieben, wenn nicht die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gar gänzlich illusorisch wird.<sup>60</sup>

In der EU gilt gemäss Art. 17 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie, «dass weder die Beweislast noch das Beweismass für die Ermittlung des Schadensumfangs die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren» dürfen.<sup>61</sup> Das schweizerische Recht weist seit jeher die nötige Flexibilität auf, sieht doch Art. 42 Abs. 2 OR die Möglichkeit der Schadensschätzung vor. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass sich die Befugnis des Gerichts zur Schadensschätzung nicht lediglich auf den Schadenumfang, sondern bereits auf die Frage erstreckt, ob über-

<sup>57</sup> Zum Beweiswert ausländischer Behörden- und Gerichtsentscheide s. PICH/FREUND, Rn. 20 f. (s. Fn. 54).

<sup>58</sup> Art. 9 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie.

<sup>59</sup> Die Komplexität wird beispielsweise im Leitfaden der europäischen Wettbewerbsbehörde deutlich, der 79 Seiten umfasst, s. EUROPÄISCHE KOMMISSION.

<sup>60</sup> Wenigstens stellt sich bei den Submissionskartellen i.d.R. nicht die Frage des *passing on*, also das Problem, ob der Schaden der Kartellkunden dadurch gemindert wird, dass sie den Kartellaufschlag an ihre eigenen Kunden weitergereicht haben. Bei den Submissionskartellen geht es regelmässig um Projekte, die nicht weiterverkauft werden.

<sup>61</sup> Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie enthält sogar die (widerlegliche) Vermutung, «dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen».

haupt ein Schaden entstanden ist.<sup>62</sup> Die Praktikabilität kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche hängt entscheidend von dem Gebrauch ab, den die Zivilgerichte von dem hierdurch geschaffenen Spielraum machen.<sup>63</sup>

Den Auftraggebern ist zu empfehlen, bereits im Vorfeld die sich hier ergebenden Risiken zu entschärfen. Sie können beispielsweise in den Vertrag mit dem erfolgreichen Submittenten eine Vertragsstrafe aufnehmen (Art. 160 OR), was gemäss Art. 163 Abs. 1 OR in angemessener Höhe möglich ist.<sup>64</sup> In der Praxis häufiger sind vertragliche Regelungen zur Schadenpauschalierung. Der Schaden wird hierdurch auf einen bestimmten Prozentsatz der Auftragssumme festgelegt. In der Literatur werden Sätze von 5-15 Prozent genannt.<sup>65</sup> Die Auseinandersetzung über die Schadenhöhe bzw. über die Frage der Kausalität des Kartellrechtsverstosses für den Schaden wird hierdurch vermieden. Allerdings sollte der Gegenseite der Nachweis möglich bleiben, dass in Wirklichkeit ein niedrigerer Schaden als die Pauschale angefallen ist. Für harte Verstösse, wie z.B. Submissionskartelle, sollte ein Satz am oberen Rand, also 15 Prozent der Auftragssumme, gewählt werden.<sup>66</sup> Angesichts der ökonomischen Erkenntnisse<sup>67</sup> erscheint es unwahrscheinlich, dass ein Gericht einen solchen Satz analog Art. 163 Abs. 3 OR herabsetzen würde.

## 5. Verschulden

Der Schadenersatzanspruch setzt Absicht oder Fahrlässigkeit voraus (Art. 41 OR; für vertragliche Ansprüche Art. 97 Abs. 1 OR, wobei das Verschulden dort vermutet wird). Bei Kernbeschränkungen wie Submissionsabreden liegt in der Regel Absicht vor. Mitarbeiterverhalten wird nach den allgemeinen Grundsätzen zugerechnet, also Organverhalten bei Aktiengesellschaften nach Art. 722 OR (für juristische Personen allgemein Art. 55 Abs. 2 ZGB), die Handlungen von Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR bei vertraglichen Ansprüchen und das Verhalten von Hilfspersonen nach Art. 55 OR bei deliktischen Ansprüchen.

---

<sup>62</sup> REYMOND, Rn. 92 (Fn. 53).

<sup>63</sup> Ein positives Beispiel ist HGer Aargau, 13. Februar 2003, RPW 2003/2, 451 – *Allgemeines Bestattungsinstitut/Kanton Aargau*. Es handelt sich allerdings um das einzige Urteil in der Schweiz, in dem kartellrechtlicher Schadenersatz zugesprochen worden ist.

<sup>64</sup> S. Art. 32 Abs. 1 lit. b Submissionsgesetz Graubünden (oben Fn. 51): Konventionalstrafe von bis zu zehn Prozent der bereinigten Angebotssumme. Übermässig hohe Konventionalstrafen kann der Richter gem. Art. 163 Abs. 3 OR herabsetzen.

<sup>65</sup> Zur Praxis in Deutschland s. FUCHS, § 1 Rn. 7.

<sup>66</sup> Vgl. LÖWENKAMP KIRSTEN/NUYS, 61 ff., die eine Differenzierung der Pauschalsätze nach harten und weniger harten Kartellrechtsverstössen empfehlen (allerdings vor dem Hintergrund strenger Klauselkontrolle in der EU).

<sup>67</sup> S.o. Abschnitt I.

## B. Verjährung

### 1. Allgemeines

Die vertraglichen Ansprüche unterliegen gemäss Art. 127, 130 I OR der Regel-Verjährung von zehn Jahren ab Fälligkeit. Auf den Anspruch aus c.i.c. ist nach der (umstrittenen) Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>68</sup> nicht Art. 127 OR, sondern die deliktsrechtliche Verjährungsfrist von Art. 60 OR anwendbar. Diese findet überdies und vor allem auch auf alle deliktischen Ansprüche, also auch auf den Schadenersatzanspruch aus Art. 12 KG, Anwendung. Die Verjährungsfristen gemäss Art. 60 Abs. 1 OR betragen ein Jahr ab Kenntnis von Schaden und Schädiger (ab dem 1. Januar 2020: drei Jahre<sup>69</sup>) sowie – unabhängig von einer solchen Kenntnis – zehn Jahre vom Tag der schädigenden Handlung an. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, stellt die Verjährungsregelung eine Gefahr für die Praktikabilität der kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche dar.

### 2. Relative Verjährungsfrist

Was die relative Frist von einem bzw. bald drei Jahren betrifft, so hat nach allgemeinen Grundsätzen der/die Kläger/in dann Kenntnis vom Schaden, wenn dieser qualitativ und quantitativ so weit konkretisiert ist, dass die gerichtliche Durchsetzung möglich ist.<sup>70</sup> Diese allgemeine Formulierung schafft grosse Unsicherheit.<sup>71</sup> Kartellopfer werden dazu veranlasst, frühzeitig Klage zu erheben, um die Verjährung zu unterbrechen. Dies beeinträchtigt die Vorbereitung des Prozesses, insbesondere die Sammlung von Beweismitteln und vermindert so die Erfolgsaussichten.

Schon nach geltendem Recht sollte bei den Follow-on-Klagen davon ausgegangen werden, dass die relative Frist mangels Kenntnis von Schädiger und Schaden frühestens dann zu laufen beginnt, wenn die WEKO-Verfügung in nicht-geschwärzter Version vorliegt. Sind die relevanten Informationen (z.B. in Bezug auf die Identität von Kartellbeteiligten oder in Bezug auf Kartellobjekte) abgedeckt, liegt hingegen keine hinreichende Kenntnis vor. Zu Schwärzungen kommt es beispielsweise im Fall von Geschäftsgeheim-

<sup>68</sup> BGE 134 III 390.

<sup>69</sup> Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts), Änderung vom 15. Juni 2018, AS 2018 5343. In der EU gilt gem. Art. 10 Abs. 3 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie für Schadenersatzansprüche eine Verjährungsfrist von mindestens fünf Jahren.

<sup>70</sup> BGE 131 III 61.

<sup>71</sup> Teilweise kursiert die Daumenregel, dass man ab dem WEKO-Entscheid ein Jahr Zeit habe, um zu klagen (s. z.B. [www.srf.ch/news/regional/bern-freiburg-wallis/nach-millionenbusse-der-weko-kanton-bern-fordert-verjaehrungsverzicht-von-gebuessten-kiesfirmen](http://www.srf.ch/news/regional/bern-freiburg-wallis/nach-millionenbusse-der-weko-kanton-bern-fordert-verjaehrungsverzicht-von-gebuessten-kiesfirmen), besucht 12.05.2019). Die folgenden Ausführungen sollen aufzeigen, dass zwar grössere Flexibilität besteht, allerdings von Rechtssicherheit in der Verjährungsfrage keine Rede sein kann.

nissen (s. Art. 25 Abs. 4 KG). Bei Streit um den Umfang des Geheimnisschutzes kann bis zur definitiven Klärung durch die Gerichte eine Version online gestellt werden, welche die von den Parteien gewünschten Schwärzungen in vollem Umfang enthält. Zur dauerhaften Abdeckung von Informationen kommt es im Zusammenhang mit Selbstanzeigen. Es gilt der Grundsatz, dass Unternehmen durch eine verwaltungsrechtliche Selbstanzeige im Kartellzivilrecht nicht benachteiligt werden sollen. Bonusmeldungen enthalten umfassende Informationen gerade im Hinblick auf die Wettbewerbsbeschränkungen, an denen das meldende Unternehmen beteiligt war. Es besteht die Gefahr eines *first mover disadvantage*: Durch Veröffentlichung der freiwillig gemeldeten Informationen könnte die Selbstanzeigerin überproportional mit kartellzivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen konfrontiert werden.<sup>72</sup> Um dies zu verhindern, schwärzt oder anonymisiert die Wettbewerbsbehörde in ihren Verfügungen alle Informationen, welche aus einer Bonusmeldung stammen.<sup>73</sup> Die relative Verjährungsfrist beginnt dann nicht zu laufen.

### 3. Absolute Verjährungsfrist

Die absolute Frist, die unabhängig von der Kenntnis des Geschädigten greift, beträgt für Vermögensschäden – auch nach der Revision des Verjährungsrechts<sup>74</sup> – zehn Jahre. Dies erscheint auf den ersten Blick lang, zumal die Frist erst mit dem Ende der Tat, also z.B. der Auflösung des Kartells, zu laufen beginnt. Aber auch die Zehn-Jahres-Frist kann zu Problemen führen, beispielsweise wenn ein geheimes Kartell erst spät aufgedeckt wird. Im Jahr 2019 verjähren beispielsweise alle kartellzivilrechtlichen Schadenersatzansprüche für Kartelle, die 2009 beendet wurden, selbst wenn die Opfer nichts vom Kartell wissen, und selbst dann, wenn das kartellbehördliche Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist.

Vor diesem Hintergrund sind restriktive Tendenzen zum Recht auf Einsicht in WEKO-Akten bedenklich. Im Grundsatz ist anerkannt, dass mutmasslichen Opfern unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen ein Recht auf Einsicht in solche Akten nach Art. 19 DSGVO zustehen kann. Für öffentliche Stellen existiert in Gestalt des Art. 19 Abs. 1 lit. a DSGVO eine besondere Amtshilfebestimmung, nach der Bundesorgane Personendaten bekannt geben dürfen, wenn «die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind». Kantone und Gemeinden können auf dieser Grundlage Einsicht in WEKO-Akten erhalten, soweit sie Opfer kartellrechtswidriger Absprachen geworden sind. Die Daten dürfen nur zum geltend gemachten Zweck verwendet werden, insbesondere für die Vorbereitung vergaberechtlicher Sanktionen oder

---

<sup>72</sup> S. WEKO, Entscheid vom 17. September 2018, *Einsichtsgesuch i.S. Hoch- und Tiefbauleistungen Münsterthal*, RPW 2018/4, S. 723, N. 80 ff.

<sup>73</sup> Und gewährt insoweit auch keine Akteneinsicht, s. hierzu sogleich.

<sup>74</sup> Oben Fn. 69.

zivilrechtlicher Ansprüche. Nicht offenbart werden Informationen, die von Selbstanzeigern preisgegeben wurden, oder die Unternehmen betreffen, die nicht an der Kartelluntersuchung beteiligt waren.<sup>75</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Fall des Aargauer Baukartells eine weitere Restriktion hinzugefügt: Einsicht nach Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG dürfe erst nach Rechtskraft des Sanktionsentscheids gewährt werden.<sup>76</sup> Diese Rechtsprechung kann zu fatalen Konflikten mit der absoluten Verjährungsfrist von zehn Jahren führen: Es kommt durchaus vor, dass WEKO-Sanktionsentscheide erst nach zwei gerichtlichen Instanzen (einschliesslich der Möglichkeit der Rückverweisung an das Bundesverwaltungsgericht oder an die WEKO) rechtskräftig werden. Sind zehn Jahre seit Beendigung des Kartells verstrichen, kommt Akteneinsicht also zu spät. Die Wirksamkeit der in der Praxis allein erfolgsversprechenden Follow-on-Klagen wird hierdurch entscheidend geschwächt.<sup>77</sup> Am Erfordernis der Rechtskraft des Sanktionsentscheids sollte deshalb für die Zwecke der Akteneinsicht nicht festgehalten werden.

#### 4. Fazit

Nicht nur in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen, sondern auch hinsichtlich der Verjährung stossen die kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche auf grösste Schwierigkeiten. Die Verlängerung der subjektiven Frist von einem auf drei Jahre ist sicherlich eine Verbesserung. Allerdings ist dies immer noch kürzer als die in der EU vorgesehene Mindestdauer von fünf Jahren.<sup>78</sup> Auch wird der Lauf der Verjährung durch ein kartellbehördliches Verfahren nicht tangiert, was die Follow-on-Klagen erheblich schwächt. Zu befürworten ist deshalb – in Parallele zur Rechtslage in der EU<sup>79</sup> – die Einführung einer Regel, nach der das kartellbehördliche Verfahren die kartellzivilrechtliche Verjährung hemmt oder unterbricht. Das sollte gerade auch für die objektive Frist von zehn Jahren gelten, die sonst zu einem gefährlichen Stolperstein wird. Schliesslich sollten auch keine systemwidrigen Ansprüche an die Akteneinsicht bei der Kartellbehörde gestellt werden. Die Rechtskraft von Sanktionsverfügungen sollte keine Zugangsvoraussetzung sein.

Nach der geltenden Rechtslage kann nur dringend empfohlen werden, sich von mutmasslichen Kartelltätern einen Verjährungseinredeverzicht einzuholen. Dies mag in einer

---

<sup>75</sup> S. z.B. WEKO, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* (s. Fn. 6); BVGer, Entscheid vom 23. August 2016, A-6320/2014 (BVGE 2016/22); WEKO, *Einsichtsgesuch i.S. Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, S. 723 (s. Fn. 72); WASER/SUTTER.

<sup>76</sup> BVGer, 23. Oktober 2018, A-592/2018 (nicht rechtskräftig).

<sup>77</sup> Vgl. hierzu Erwägungsgrund 36 a.E. EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie: Die Mitgliedstaaten dürfen allgemein anwendbare absolute Verjährungsfristen vorsehen. Diese dürfen die kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche aber nicht «praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren».

<sup>78</sup> Art. 10 Abs. 3 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie.

<sup>79</sup> Art. 10 Abs. 4 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie.

ständigen Geschäftsbeziehung einfacher sein als bei einmaligem Kontakt. Für beide Seiten ist es aber vorteilhaft, wenn eine Auseinandersetzung über Schadenersatzansprüche erst bei näherer Kenntnis der Sachlage erfolgt.

## IV. Ausblick

Submissionskartelle schaden der Volkswirtschaft, verursachen den Vergabestellen unnötige Aufwände und belasten die Steuerzahler/innen. Die Wettbewerbsbehörden gehen hiergegen mit Kartellverfahren, Präventionsarbeiten und statistischen Instrumenten vor. Entsprechend wuchs die kartellrechtliche Praxis zu Submissionsabreden über die letzten rund zehn Jahre kontinuierlich an, und eine Reihe von Grundsatzfragen wurde entschieden. Beschaffungsstellen des Bundes und der Kantone tauschten sich mit den Wettbewerbsbehörden aus und gehen das Thema der Submissionsabreden zunehmend sensibilisierter an. Die statistischen Aufdeckungsmöglichkeiten ermöglichen es zudem, Kartelle aktiv aufzuspüren. Das weltweite Interesse am Screening-Tool der WEKO führt zur Weiterentwicklung und Verfeinerung des Instrumentariums, was wiederum die Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Abreden fördert.

Die Praxis zum zivilrechtlichen Schadenersatz bei Kartellrechtsverstössen ist hingegen dürftig. Offenbar sorgen die Submissionskartelle aber für belebende Impulse. Bereits im Fall des Tessiner Strassenbelagkartells kam es zu einer aussergerichtlichen Einigung über die Zahlung von Schadenersatz. In den Aargauer, Zürcher und Graubündner Baukartellfällen machen die betroffenen Kantone und Gemeinden ebenfalls Schadenersatzansprüche geltend. Es ist bemerkenswert, dass das Kartellzivilrecht hauptsächlich von Körperschaften des öffentlichen Rechts vorangetrieben wird. Man könnte dies als «public private enforcement» bezeichnen, das auf der haushaltsrechtlichen Pflicht zum schonungsvollen Umgang mit staatlichen Mitteln und damit zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen beruht.<sup>80</sup> Geschädigte Unternehmen sollten sich ein Beispiel hieran nehmen: Aus der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht des Art. 717 OR lässt sich beispielsweise für die Aktiengesellschaft ableiten, dass kartellzivilrechtliche Ansprüche geltend zu machen sind, wenn nicht mangelnde Erfolgsaussichten oder unverhältnismässiger Aufwand entgegenstehen. Allgemein erscheint ein Kulturwandel für die Belebung des Kartellzivilrechts erforderlich zu sein. Die Submissionskartelle könnten hier als Katalysator wirken, wie auch der Fall *Bauleistungen Graubünden* zeigt, in dem die WEKO erstmals Schadenersatzzahlungen als (teilweise) sanktionsmindernd ange-

---

<sup>80</sup> HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz, § 23 Rn. 52.

rechnet hat, die während einer laufenden kartellrechtlichen Untersuchung Geschädigten verbindlich zugesagt wurden.<sup>81</sup>

Auch stellen sich an der Schnittstelle von Kartell- und Beschaffungsrecht – auch vor dem Hintergrund der Revision des Beschaffungsrechts – eine Reihe von wichtigen und ungeklärten Fragen, z.B. nach dem Schutz des Instituts der Selbstanzeige und der einvernehmlichen Regelung bzw. deren Berücksichtigung beim Aussprechen von beschaffungsrechtlichen Massnahmen wie z.B. Vergabesperren. Es wird von grundlegender Bedeutung sein, die Interaktion der verschiedenen Rechtsgebiete und Durchsetzungsmechanismen so zu gestalten, dass auch im Beschaffungswesen das Ziel der Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs umfassende praktische Wirksamkeit erlangt.

## Literaturverzeichnis

- ARNET Ruth, Art. 13, in: Zäch Roger u.a. (Hrsg.), *KG: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen – Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2018.
- BESCHAFFUNGSKOMMISSION DES BUNDES (BKB) und KOORDINATION DER BAU- UND LIEGENSCHAFTSORGANE DES BUNDES (KBOB), *Das geltende Vergaberecht aus Sicht der Praxis*, Bern 2004.
- BUNDESKARTELLAMT, *Wie erkennt man unzulässige Submissionsabsprachen?*, 2015.
- BUNDESRAT, *Botschaft vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde*, BBl 2012, 3905 (zit. BUNDESRAT, Botschaft KG-Revision 2012).
- EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV*, Brüssel 2013.
- FRANCK Jens-Uwe, Marktverhältnisse als Gegenstand vorvertraglicher Informationsordnung – Vom Recht, Kartellrechtsbrüche zu verschweigen, *AcP* 213, 222-265 (2013).
- FUCHS Andreas, Instrumente, Funktionen und Entwicklung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, in: Fuchs/Weitbrecht (Hrsg.), *Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung*, München 2019, § 1.
- GRÄTZ Silvia / STÜSSI Frank, Submissionsabreden erkennen und verhindern, *BR/DC*, 2, 2016, S. 86-88.
- HEINEMANN Andreas, Private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz, in: Fuchs/Weitbrecht (Hrsg.), *Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung*, München 2019, § 23.
- HEINEMANN Andreas, *Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts – Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage*, Bern 2009.

---

<sup>81</sup> WEKO, Entscheid vom 19. August 2019, *Bauleistungen Graubünden*, <https://www.weko.admin.ch> (besucht am 27.09.2019) → Aktuell → Medieninformationen vom 3. September 2019 → Presserohstoff.

- HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.
- IMHOF David, Mit Statistik gegen Kartelle, *Schweizer Monat* 1064 - März 2019.
- IMHOF David, *Empirical Methods for Detecting Bid-Rigging Cartels*, Bourgogne-Franche-Comté et Fribourg 2018.
- LONDON ECONOMICS, *The Nature and Impact of Hardcore Cartels, A Report to the Danish Competition Authority*, London 2011.
- LÖWENKAMP Kirsten Maïke / NUYS Marcel, Zu Grund und Grenzen pauschalierter Kartellschadensersatzklauseln, *NZKart*, 2017.
- OECD, *Fighting Bid Rigging in Public Procurement, Report on Implementing the OECD Recommendation*, 2016.
- OECD, *Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels*, DAF/COMP(2013)27, 2013.
- OECD, *Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen*, 2009.
- OECD, *Public Procurement, The Role of Competition Authorities in Promoting Competition*, DAF/COMP(2007)34, 2008.
- OECD, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws*, DAF/COMP, 7, 2002.
- PICHT Peter Georg / FREUND Benedikt, Das «Lastwagenkartell» – Gelegenheit für private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz?, *Jusletter*, 18.6.2018.
- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Bern 2014.
- REYMOND Jean-Marc, Articles 12-15 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand – Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013.
- STOFFEL Walter A., Das neue Kartell-Zivilrecht, in: Zäch (Hrsg.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996.
- STÜSSI Frank / LÜTHI Bendicht, Zulässige ARGE im Kartellrecht, *BR/DC*, 4, 2015, S. 205-207.
- VETTER Meinrad, Art. 12, in: Zäch Roger u.a. (Hrsg.), *KG: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen – Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2018.
- WASER Astrid / SUTTER Daniel, Einsichtsrechte von Vergabestellen bei Submissionsabsprachen, *Jusletter*, 13.3.2017.