



BAURECHT *kompakt*

MÄRZ 2017
NEWSLETTER 03

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE



Liebe Leserin, lieber Leser

Für die öffentliche Beschaffung gibt die Schweiz jährlich 40 Milliarden Franken aus. Wer möchte sich da nicht auch ein Stückchen vom grossen Kuchen abschneiden? Obwohl die Regeln eigentlich feststehen, ist die Verlockung bei einigen Firmen gross, sich ihr Stück zu reservieren bzw. sich nicht an das Submissionsverfahren zu halten. Dürfen Sie sich beispielsweise mit Ihren Verbandsmitgliedern über Ihre Offerten austauschen? Diese und weitere Fragen klären wir in unserem ersten Beitrag.

Erfahren Sie im nächsten Beitrag mehr über die gesetzliche Handhabung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Bau. Denn eine Strafverfolgung droht Ihnen bereits bei einer Unachtsamkeit und nicht erst bei einem entstandenen Schaden.

Welche Rechte stehen dem Unternehmer oder Planer zu, wenn Abschlags- oder Akontozahlungen ausstehend sind? Antworten auf diese und weitere Fragen enthüllen wir in dieser Ausgabe.

Junes Babay, Redaktor

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Submissionsabrede –
Ein Überblick Seite 1
- Best Practice:
Strafrechtliche
Verantwortlichkeit im Bau Seite 6
- Best Practice:
Retentionsrechte (Heraus-
gabeverweigerungsrechte)
im Werk- und Planervertrag Seite 9
- Arbeitshilfe: Vereinbarung zur
Erstellung eines Gutachtens Seite 12

Submissionsabreden – Ein Überblick

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit Submissionsabreden sowie den Möglichkeiten, diesen rechtlich entgegenzuwirken. Ein Entgegenwirken ist wichtig, weil in der Schweiz der Markt für öffentliche Beschaffungen heute ein Volumen von rund CHF 40 Milliarden pro Jahr aufweist und damit einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor darstellt. Der Beitrag hat zum Ziel, für Vergabestellen und Unternehmen Empfehlungen im Zusammenhang mit Submissionsabreden zu formulieren.

■ Von Adrian Weber, Rechtsanwalt, LL.M.

1. Öffentliche Beschaffungen – Ein beträchtlicher Markt

Die beträchtlichen wirtschaftlichen Mittel des Marktes für öffentliche Beschaffungen können der schweizerischen Volkswirtschaft

nicht einfach nach den Regeln des freien Wettbewerbs im Sinne von Angebot und Nachfrage zugeführt werden, sondern müssen aufgrund förmlicher Vergabeverfahren an die Anbieter zugeschlagen werden. Das

Vergabeverfahren will einen Wettbewerb zwischen den Anbietern herstellen und hat zum Ziel, das «wirtschaftlich günstigste Angebot» zu ermitteln, um für die öffentliche Hand die bestmögliche Allokation der Mittel sicherzustellen. Wird nun der Prozess des Vergabeverfahrens durch Submissionsabreden (auch als Submissionsabsprachen bezeichnet) zwischen den Anbietern unterlaufen und zu ihren Gunsten missbraucht, kann dies einerseits zu betriebswirtschaftlichen Einbussen sowie andererseits zu Inflation und Lähmung der Innovationstätigkeit führen.

2. Submissionskartelle – Eine Realität in der Baubranche

Submissionskartelle – insbesondere in der Baubranche – sind in der Schweiz längst eine Tatsache. Fakt ist zudem, dass sich der hel-



vetische Gesetzgeber bis anhin nicht explizit zur Strafbarkeit von solchen – im Rahmen eines Submissionskartells – getroffenen Submissionsabreden geäussert hat, wie dies in anderen Ländern (Deutschland, Österreich, Frankreich, Belgien, Italien, Spanien und den Niederlanden) mit der Schaffung eines Sondertatbestandes im Strafgesetzbuch der Fall ist. Dasselbe gilt für die schweizerische Rechtsprechung, weshalb heute nach wie vor nicht geklärt ist, ob Submissionsabsprachen als sog. «Submissionsbetrug» nach Art. 146 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) strafbar sind oder nicht.

Neben der erwähnten strafrechtlichen Beurteilung von Submissionsabreden spielt in der Praxis vor allem die Beurteilung nach dem Wettbewerbsrecht als unzulässige Wettbewerbsabreden (insbesondere Art. 5 des Kartellgesetzes [KG]) eine massgebende Rolle. In den letzten 15 Jahren hat sich die Wettbewerbskommission (WEKO) mehrfach zu Submissionskartellen geäussert und Mitglieder solcher Kartelle teilweise mit hohen Bussen belegt.

Zur Verdeutlichung werden die im Zeitraum von 2001 bis 2016 von der WEKO aufgedeckten Submissionskartelle kurz aufgezeigt:

- **Schweizerische Landesbibliothek:** Im sog. «Landesbibliotheks-Fall» kam die WEKO im Jahre 2001 nach einer Untersuchung gegen vier Berner Baufirmen zum Ergebnis, dass diese bei der Ausschreibung der Fassadenrenovierung der Schweizerischen Landesbibliothek ihre Offerten abgesprochen haben. Gemäss dem im Jahre 2001 geltenden Kartellrecht konnte die WEKO das Verhalten der vier Firmen jedoch nicht direkt büssen, sondern erst dann, wenn gegen das erlassene Verbot verstossen wird. Es war das erste Mal, dass die WEKO gegen ein Submissionskartell vorgegangen ist.
- **Zement- und Betonpreise bei den NEAT-Vergaben:** Im Jahre 2004 eröffnete die WEKO eine Untersuchung über die Zement- und Betonpreise bei den NEAT-Vergaben, insbesondere zur Frage, ob unter den beteiligten Anbietern im Vergabeverfahren wettbewerbswidrige Abreden getroffen wurden.
- **Tessiner Strassenbelagskartell:** Die WEKO eröffnete im Jahre 2005 eine Untersuchung gegen sämtliche im Kanton Tessin tätigen Strassenbau- und Belagsproduktionsunternehmen betreffend Kartellabsprachen. Im Jahre 2007 erklärte die WEKO die unter 17 Strassenbelagsunternehmen

im Kanton Tessin praktizierte Absprache für unzulässig. Trotz des schweren Verstosses konnte wegen der geltenden Übergangsfrist im Kartellgesetz keine direkte Sanktion, welche grundsätzlich erst seit Inkrafttreten von Art. 49a KG per 1. April 2004 möglich ist, ausgesprochen werden.

- **Berner Elektroinstallationsfirmen:** Im Jahre 2009 wurden von der WEKO acht Elektroinstallationsbetriebe aus dem Raum Bern gebüsst, welche zwischen 2006 und 2008 unzulässige Absprachen über Preise und Kundenzuteilungen vorgenommen hatten. Die Summe der Geldbussen betrug über CHF 1.24 Millionen. In diesem Fall verurteilte die WEKO die Mitglieder eines Submissionskartells erstmals unter Auferlegung von Geldbussen als direkte Sanktion (Art. 49a KG).
- **Abreden im Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Zürich und Aargau:** Im Jahre 2009 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen zahlreiche Firmen im Bereich des Strassen- und Tiefbaus in den Kantonen Zürich und Aargau (Koordination von Offertsummen in Ausschreibungen und Kundenaufteilung). Die WEKO bejahte im Jahre 2011 das Vorliegen unzulässiger Submissionsabsprachen und auferlegte 17 im Kanton Aargau tätigen Baufirmen Geldbussen im Gesamtbetrag von rund CHF 4 Millionen. Im Kanton Zürich wurden Baufirmen, die bei 30 Ausschreibungen vorgängig die Preise und den Zuschlag abgesprochen hatten, von der WEKO im Jahre 2013 mit Bussen von insgesamt rund CHF 0.5 Millionen gebüsst.
- **Abreden im Strassen-, Tief- und Hochbau im Kanton Graubünden:** Als der WEKO Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden vorlagen, wonach sich mehrere Unternehmen im Strassen-, Tief- und Hochbau im Kanton Graubünden abgesprochen haben, um die Zuteilung von Ausschreibungen zu koordinieren sowie Bauprojekte und Kunden aufzuteilen, eröffnete die WEKO im Jahre 2012 eine entsprechende Untersuchung.
- **Abreden im Tunnelreinigungs-Kartell:** Die WEKO büsste im Jahre 2015 die Mitglieder eines Tunnelreinigungs-Kartells.



Während mehreren Jahren sprachen sich die drei beteiligten Unternehmen über Preise und Zuschläge ab, um sich bei öffentlichen Ausschreibungen Tunnelreinigungsaufträge zuzuteilen.

- **Abreden im Strassen- und Tiefbau:** Zwischen 2002 und 2009 haben acht Strassen- und Tiefbauunternehmen in den Bezirken See-Gaster (SG) sowie March und Höfe (SZ) bei mehreren Hundert Ausschreibungen die Preise abgesprochen und bestimmt, wer den Zuschlag erhalten soll. Die WEKO hat im Jahre 2016 gegen die Firmen Bussen von insgesamt rund 5 Millionen Franken ausgesprochen. Einem Bauunternehmen wurde die Busse aufgrund seiner Selbstanzeige erlassen.

3. Öffentliche Beschaffung und Submissionsverfahren

Unter einer öffentlichen Beschaffung (auch als Submission, Vergabe oder Ausschreibung bezeichnet) versteht man ein spezielles Verfahren für die Vergabe von staatlichen Aufträgen an private Anbieter. Für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben ist der Staat – worunter Bund, Kantone, Gemeinden oder mit öffentlichen Aufgaben betraute Dritte zu verstehen sind – auf Sachgüter und Dienstleistungen angewiesen und tritt hierfür auf dem Markt gegenüber den Produzenten als Konsument auf. Das Gemeinwesen kann die benötigten Sachgüter und Dienstleistungen jedoch (mit Ausnahme im Bereich der freihändigen Vergaben) nicht einfach auf dem freien Markt einkaufen, sondern ist verpflichtet, diese in einem öffentlichen und gesetzlich normierten Ausschreibungsverfahren zu beschaffen. Durch das Submissionsverfahren ist der Staat in der Lage, aus einer Anzahl verschiedener Anbieter, welche er in einem geordneten Verfahren in Wettbewerb treten lässt, das «wirtschaftlich günstigste Angebot» (dieses entspricht nicht zwingend dem Angebot mit dem niedrigsten Preis) zu ermitteln. Das Verfahren muss transparent sein und die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter muss gewährleistet werden.

Das Beschaffungsrecht in der Schweiz kennt vier Arten von Vergabeverfahren: (1) Das offene Verfahren, (2) das selektive Verfahren, (3) das freihändige Verfahren und (4) das Einla-

ungsverfahren. Die verschiedenen Verfahrensarten unterscheiden sich grundsätzlich hinsichtlich des Kreises der Anbieter sowie der Anforderungen an das Angebot. Die jeweilige Verfahrensart bestimmt sich nach dem Auftragswert, wobei eine Aufstückelung des Auftrages nur unter ganz bestimmten restriktiven Voraussetzungen möglich ist. Ein Vergabeverfahren gliedert sich in der Regel in folgende Stufen:

1. Bestimmung des Vergabeverfahrens (durch die Vergabestelle)
2. Publikation des Auftrages (durch die Vergabestelle)
3. Versendung der Ausschreibungsunterlagen (durch die Vergabestelle)
4. Angebotseinreichung (durch die Anbieter)
5. Öffnung der Angebote (durch die Vergabestelle)
6. Prüfung und Auswertung der Angebote (durch die Vergabestelle)
7. Zuschlagserteilung (durch die Vergabestelle)
8. Vertragsschluss zwischen Vergabestelle und Zuschlagsempfänger

Die Submissionsabrede erfolgt vor der Angebotseinreichung (also vor der Stufe 4) durch die Anbieter. Das heisst, dass sich die am Auftrag interessierten Anbieter vor der Angebotsabgabe heimlich absprechen und die Angebote untereinander abstimmen. Das gesamte nachfolgende Auswertungsverfahren durch die Vergabestelle basiert deshalb auf manipulierten Angeboten, was im Ergebnis zu einem verfälschten Zuschlag führt. Ein Beschaffungsvertrag, der aufgrund einer Submissionsabrede geschlossen wird, ist grundsätzlich infolge Widerrechtlichkeit nichtig (Art. 20 OR) oder wegen absichtlicher Täuschung für die Vergabestelle unverbindlich (Art. 28 OR).

Das schweizerische Vergaberecht enthält Bestimmungen, die neben der wettbewerbs- und strafrechtlichen Beurteilung von Submissionsabreden ebenfalls von Bedeutung sind. Dementsprechend können Submissionsabreden zu (1) einem Ausschluss von Anbietern vom Verfahren, (2) zum Abbruch des Verfahrens oder (3) zu einer freihändigen Vergabe seitens der Vergabestelle führen. Mit den Möglichkeiten des Verfahrensausschlusses und des Verfahrensabbruchs bestehen im

schweizerischen Beschaffungsrecht gewisse sanktionierende Instrumentarien, um Submissionsabsprachen entgegenzuwirken. Seitens der Vergabestellen wird es jedoch oftmals schwierig sein, solche Absprachen aufzudecken und zu beweisen. Im Gegensatz zu Vergaben nach Bundesrecht besteht für kantonale Vergaben zudem die Sanktionsmöglichkeit, wonach schwerwiegende Widerhandlungen gegen die Vergabebestimmungen – neben Verwarnung und Entzug des Auftrages – eine Busse von bis zu 10% der bereinigten Angebotssumme oder den Ausschluss von künftigen Vergaben für die Dauer von fünf Jahren bewirken können. An dieser Stelle ist im Weiteren darauf hinzuweisen, dass bei der Sanktionierung von Submissionsabsprachen eine kumulative Anwendbarkeit von Beschaffungs- und Kartellrecht besteht.

4. Submissionsabreden

Unter einer Submissionsabrede versteht man eine verdeckte Absprache zwischen mindestens zwei rechtlich und wirtschaftlich selbstständigen Anbietern (Konkurrenten) der gleichen Marktstufe, welche nicht gemeinsam offerieren. Solche Absprachen betreffen oftmals Ausschreibungen der öffentlichen Hand bei Bauleistungen. Die Anbieter sprechen sich vor der Abgabe ihrer Angebote untereinander ab. Die Abrede kann sich dabei auf Preise, Gebiete, Mengen, Standards usw. beziehen. Sinn und Zweck der Abrede ist es, die Vergabestelle bei ihrer Auswahlentscheidung im Interesse der absprechenden Anbieter zu beeinflussen. Submissionsabreden schalten dabei den Wettbewerb und die Konkurrenzsituation zwischen den Anbietern aus (oder beschränken diese zumindest) und werden deshalb auch als Submissionskartelle bezeichnet. Der Auftrag der Vergabestelle, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, wird dadurch vereitelt, da die Anbieter ihre Angebote nicht autonom erarbeiten. Die rechtliche Form der Absprache oder Vereinbarung ist unwichtig. Schriftlichkeit ist keine Voraussetzung. Ebenfalls nicht relevant ist, ob es sich um Gelegenheitsvereinbarungen oder Vereinbarungen von zu Ringen verfestigten Gruppen handelt. Ein Submissionskartell kann bereits vorliegen, wenn sich Verbandsmitglieder gegenseitig über ihre Offerten informieren und ihr Verhalten nach den ausgetauschten Informationen abstimmen.



Mithilfe der Submissionsabrede wird ein gegenseitiges Unterbieten zwischen den ab-sprechenden Anbietern vermieden, da von Beginn an feststeht, welchem Kartellmitglied (sog. «Herausgestellter») zu welchem Preis (sog. «Nullpreis») der Auftrag zugeschlagen werden soll. Die anderen Teilnehmer des Kartells verpflichten sich, keine Angebote oder lediglich Scheinangebote einzureichen. Dieser Verzicht wird vom Herausgestellten in der Folge mit direkten Kompensationszahlungen oder mit der Bereitschaft, bei anderen Ausschreibungen zum Schutz der Konkurrenten ebenfalls Scheinangebote abzugeben, abgesehen.

Zusammenfassend treten Submissionsab-sprachen somit in den folgenden Formen auf:

- **Angebotsbeseitigung:** Unternehmen gehen die Verpflichtung ein, kein Angebot abzugeben.
- **Preisabreden:** Die Submissionspreise werden zwischen den Unternehmen abge-sprochen.
- **Zuschlagssteuerung:** Märkte und Gebiete werden im Vorfeld aufgeteilt und das Er-gebnis wird vorweggenommen. Anbieter, die den Zuschlag nicht erhalten sollen, geben sog. «Stützofferten» ab, die bewusst höher sind als das Angebot des «Heraus-gestellten».

Submissionsabreden können zudem in ver-schiedenen Erscheinungsformen auftreten:

- Im Rahmen der Dauerhaftigkeit werden einmalige Absprachen (Gelegenheitskartel-le) und auf längere Zeit angelegte Abreden (Dauerkartelle) unterschieden.
- Nach der Ausrichtung werden Ausbeu-tungsabsprachen und Kampfabsprachen unterschieden. Bedeutend sind vor allem die Ausbeutungsabsprachen, welche sich gegen die Vergabestelle richten. Auf Kosten des öffentlichen Auftraggebers werden da-bei die Höhe der Angebote abgesprochen und in der Folge überhöhte Preise ange-boten. Im Unterschied dazu richten sich Kampfabsprachen gegen einen unbeteiligten Mitbewerber und beabsichtigen – im Gegensatz zu den Ausbeutungsabspra-chen – keine Gewinnmaximierung, sondern sollen verhindern, dass der unbeteiligte Mitbewerber den Auftrag bekommt. Der Grund für eine solche Kampfabsprache

kann in einer «Bestrafung» des unbeteiligten Mitbewerbers für ein früheres Verhalten (z.B. Bruch einer Abrede) liegen.

5. Die Problematik von Submissionsabreden

Unbestritten führen Submissionsabreden zu negativen Auswirkungen. Durch die Be-seitigung des wirksamen Wettbewerbs bzw. dessen erhebliche Beschränkung unterlaufen Submissionskartelle die Ziele des Beschaf-fungsrechts und sind volkswirtschaftlich schädlich. Neben den unmittelbaren be-triebswirtschaftlichen Einbussen aufseiten der öffentlichen Hand bestehen auch mit-telbare volkswirtschaftliche Schäden durch Inflation (Erhöhung des Preisniveaus) und Lähmung der Innovationstätigkeit. Darin liegt auch der Grund, dass Submissionsabreden streng bestraft werden. In Deutschland und anderen Ländern werden Teilnehmer an Sub-missionskartellen systematisch strafrechtlich verfolgt.

6. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Submissionsabreden

Submissionsabreden bzw. Submissionskartel-le fallen in der Regel unter den kartellrecht-lichen Vermutungstatbestand (Art. 5 Abs. 3 KG), wonach durch die Abrede wirksamer Wettbewerb zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe beseitigt wird. Submissionsabreden, die zu keiner vollständigen Beseitigung des Submissionswettbewerbs führen, erfüllen zudem mindestens den Tatbestand einer er-heblichen Wettbewerbsbeschränkung (Art. 5 Abs. 1 KG). Aufgrund dieser Verletzungen des Kartellrechts kann ein Unternehmen als direkte Sanktion mit einer Busse in der Maximal-höhe von bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Um-satzes gebüsst werden (Art. 49a Abs. 1 KG). Wie aus den von der WEKO beurteilten Fällen ersichtlich ist (vgl. Ziffer 2 vorstehend), kön-nen solche Kartellrechtsverletzungen zu Bus-sen in Millionenhöhe führen. In diesem Sinn bietet das Kartellrecht ein griffiges Instrument gegen Submissionsabsprachen und erzeugt damit eine Abschreckungswirkung.

7. Strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabreden

Die Bestrafung von Submissionsabreden über den strafrechtlichen Tatbestand des

Betruges (Art. 146 StGB) scheidet grund-sätzlich am rechtsgenügenden Nachweis eines Vermögensschadens. Es ist demzufolge davon auszugehen, dass es den Unter-suchungsbehörden kaum gelingen wird, bei einem Submissionsbetrug einen rechtsgen-ügenden Schadensnachweis zu erbringen. Dies wird wohl auch Grund dafür sein, dass in der Schweiz bis heute keine Urteile zum Submissionsbetrug ergangen sind. Wie die Übersicht der Fälle von Submissionsabreden im Zeitraum von 2001 bis 2016 zeigt (vgl. Zi-ffer 2 vorstehend), hätte es in der Schweiz für Strafuntersuchungen zum Thema Submissi-onsbetrug mehr als genügend Gelegenheiten gegeben.

8. Hinweise zum Kartellstrafrecht

Wie die eingangs des vorliegenden Beitrags beschriebenen Fälle verdeutlichen, ist die WEKO in der Vergangenheit mehrfach erfolg-reich gegen Submissionskartelle vorgegan-gen. In umfangreichen Untersuchungen wur-den Unternehmen mit teilweise sehr hohen Bussen, denen eine Abschreckungswirkung nicht abgesprochen werden kann, belegt. Damit steht fest, dass Submissionsabspra-chen in der Schweiz von der WEKO in An-wendung des Kartellrechts geahndet werden und nicht von den Strafverfolgungsbehörden. Grundsätzlich ist dieses Vorgehen nicht zu bemängeln, insbesondere sind keine stich-haltigen Gründe ersichtlich, die strafrechtliche Verfolgung von Submissionsabreden – z.B. mit einem Sonderstrafatbestand (vgl. Zi-ffer 2 vorstehend) – auszubauen, da dadurch kein Mehrwert, insbesondere hinsichtlich der Prävention, zu erwarten ist. Die Schaffung eines Sondertatbestandes, wie dies in ande-ren Ländern erfolgt ist, stellt schlussendlich Symptombekämpfung und keine Ursachen-bekämpfung dar.

Des Weiteren ist es durchaus richtig, dass Submissionskartelle, die bekanntlich einen beträchtlichen volkswirtschaftlichen Scha-den anrichten können, hart bestraft werden. Es ist ebenfalls richtig, dass die beteiligten Unternehmen an sich und nicht die handel-nden natürlichen Personen zur Rechenschaft gezogen werden, denn nur dieses Vorgehen erlaubt, mit hohen Bussen eine nachhaltige Abschreckungswirkung zu erzeugen und auf-rechtzuerhalten.



In der Praxis muss jedoch festgestellt werden, dass die Verfahrensgarantien in Verfahren vor der WEKO einer gewissen Relativierung unterliegen. Um auf die Submissionsabreden zurückzukommen, bedeutet dies, dass Unternehmen in Verfahren vor der WEKO hinsichtlich Verfahrensgarantien schlechter gestellt sind als in einem Strafverfahren, was in Anbetracht der hohen Bussen rechtsstaatlich als bedenklich erscheint. Im Strafverfahren z.B. ist der Beschuldigte nicht verpflichtet, sich aktiv am Verfahren zu beteiligen. Ihn trifft keine Mitwirkungspflicht, und Beschuldigte können nicht gezwungen werden, sich im Rahmen des Strafverfahrens selbst zu belasten, was auch für juristische Personen gilt. Da nun Art. 49a KG als Strafnorm zu betrachten ist, gilt grundsätzlich auch das Verbot des Selbstbelastungszwangs. Diesem Verbot widerspricht aber das Kartellgesetz (Art. 40 KG), wonach Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen haben, und zwar auch in Sanktionsverfahren. Eine Verweigerung kann über das Kartellrecht sanktioniert werden. Konkret bedeutet dies, dass z.B. ein Unternehmensjurist oder Kalkulator zu Vorgängen im Rahmen von Submissionsabreden aussagen muss, obwohl er nach strafrechtlichen sowie strafprozessualen Kriterien nicht zu einer Aussage verpflichtet ist.

Aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jedoch in Zukunft keine Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen in Sicht. Dies ist sicher ein guter Anlass für Unternehmen, sich in Sachen Compliance auf den neusten Stand zu bringen.

9. Ergebnis und Empfehlung für Vergabestellen und Unternehmen

Wie vorstehend aufgezeigt wurde, werden Submissionsabreden in Tat und Wahrheit von der WEKO verfolgt und teilweise mit hohen Bussen sanktioniert. Wie die Ausführungen zum Kartellstrafrecht verdeutlicht haben, hat dieses Vorgehen, das im Grundsatz nicht zu bemängeln ist, jedoch seinen Preis, indem Unternehmen in Verfahren vor der WEKO hinsichtlich Verfahrensgarantien massgeblich



schlechter gestellt sind als in einem Strafverfahren. Dies ist problematisch, liegt es doch auf der Hand, dass Verfahren oftmals in der ersten Instanz «gewonnen oder verloren» werden und nicht in der Rechtsmittelinstanz.

Welches sind nun die Konsequenzen für Vergabestellen und die Unternehmen?

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte zukünftig die Prävention im Vordergrund stehen. Einerseits sollten die Vergabestellen in Bezug auf Submissionskartelle stärker sensibilisiert werden (siehe dazu z.B. den Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen, OECD, Februar 2009). Dies ist wichtig, da sich die Vergabestellen in nächster Nähe zum Geschehen befinden. Durch gezielte Schulungen und die Zusammenarbeit der Vergabestellen mit der WEKO – wie sie heute teilweise schon stattfindet – kann das Know-how der Vergabestellen verbessert werden mit dem Ziel, Submissionsabreden aufzudecken, bevor sie ihre schädliche Wirkung entfalten können. Zudem wäre zu überlegen, ob Ausschreibungsunterlagen entsprechend optimiert werden können, um das Abspracherisiko zu senken. Ausserdem bleibt nicht zu vergessen, dass das Vergaberecht ebenfalls Mittel (insbesondere Ausschluss und Abbruch des Verfahrens) zur Verfügung stellt, um Submissionsabreden zu begegnen.

Unternehmen – vor allem in der Baubranche – sollten auf jeden Fall Zeit und Geld in eine wirksame Compliance investieren. Dies deshalb, weil solche Compliance-Programme präventiv dem Fehlverhalten von Mitarbeitern vorbeugen können und sich mithin – im besten Fall – Verstösse gegen das Kartellrecht verhindern lassen. Schliesslich können gute Compliance-Programme von den Behörden als mildernde Umstände angesehen werden und sich positiv auf die Festsetzung der Sanktion auswirken, wobei die Anforderungen hoch sind. Verhaltensrichtlinien allein genügen jedoch nicht, sondern es braucht konkrete und effektive Massnahmen. Ausserdem empfiehlt es sich, dass ein Unternehmen auf eine Untersuchung durch die WEKO, die unangekündigt erfolgt, vorbereitet ist. Durch eine optimale Vorbereitung und Organisation, wozu auch der Beizug eines Rechtsvertreters gehört, der im Notfall erreichbar ist, kann eine bestmögliche Verteidigung im Verfahren vor der WEKO sichergestellt werden. An diese Stelle gehört auch die rasche und umfassende Abschätzung der Vor- und Nachteile einer Selbstanzeige.



AUTOR

Adrian Weber, Rechtsanwalt, LL.M., Partner in der Kanzleigemeinschaft Advokaturen im Rabenhaus, Zürich, befasst sich schwerpunktmässig mit Submissionsrecht sowie Bau- und Immobilienrecht.