



## LEITTHEMA: Vergaberecht

### Zusätzliche Sanktionen gegen die Beteiligten eines Baukartells? - Eine Auslegeordnung

von MLaw Flavio Decurtins

Im Frühjahr 2018 hat die eidgenössische Wettbewerbskommission (Weko) verschiedene Baufirmen gebüsst, weil diese im Rahmen des „Unterengadiner Baukartells“ zwischen 1997 und 2012 Preisabsprachen getroffen hatten. Kürzlich hat die Weko die entsprechenden Sanktionsverfügungen veröffentlicht, wobei noch nicht alle rechtskräftig sind.

Nachdem die grosse mediale Welle der Entrüstung und Enthüllungen mittlerweile etwas abgeklungen ist, stellt sich für die beteiligten Unternehmer die Frage, ob sie noch weitere Sanktionen zu erwarten haben, welche über die teilweise empfindlichen Bussen der Weko hinausgehen. Umgekehrt stellt sich für die betroffenen Vergabestellen – mithin in erster Linie für den Kanton und einige Gemeinden, aber auch für diverse Private oder die RhB – die

Frage, ob und in welcher Form sie die beteiligten Unternehmen aus eigenem Recht belangen können.

Vor diesem Hintergrund soll im vorliegenden Artikel im Sinne einer Auslegeordnung aufgezeigt werden, welche Möglichkeiten den betroffenen Vergabestellen in submissionsrechtlicher, zivilrechtlicher und strafrechtlicher Hinsicht gegen die am Baukartell beteiligten Unternehmen zur Verfügung stehen.

#### **1. Submissionsrechtliche Massnahmen**

In submissionsrechtlicher Hinsicht fallen in erster Linie die im kantonalen Submissionsgesetz (SubG) vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten in Betracht. Bei öffentlichen Ausschreibungen im Kanton Graubünden hat jeder Anbieter auf einem Selbstdeklarationsformular unter anderen schriftlich zu

## NEWSLETTER 3/2018

### LEITTHEMA:

Zusätzliche Sanktionen gegen die Beteiligten eines Baukartells? - Eine Auslegeordnung

1-4

### NEUES AUS DER RECHTSSETZUNG

Verbesserter Schutz vor ungerechtfertigten Betreibungen

5

### NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

BGer 1C\_216/2017 vom 6. August 2018; Keine Entschädigung wegen Begrenzung von Zweitwohnungen

5-6

Überbindung von Verfahrenskosten im baurechtlichen Einspracheverfahren

7

bestätigen, dass er keine Absprachen oder wettbewerbsbeeinträchtigenden Massnahmen getroffen habe. Wenn sich – wie vorliegend durch die Untersuchungsergebnisse der Weko – herausstellt, dass ein Anbieter verpönte Preisabsprachen getroffen und demnach dieses Deklarationsformular wahrheitswidrig ausgefüllt hat, kann die Vergabestelle gegen einen solchen Anbieter verschiedene Sanktionen ergreifen. So kann sie einen erteilten Auftrag entziehen oder einen bereits geschlossenen Vertrag vorzeitig auflösen, unter Umständen eine Konventionalstrafe von bis zu 10% der bereinigten Angebotssumme erheben oder den Anbieter für eine Dauer von maximal fünf Jahren von künftigen Beschaffungen ausschliessen (Art. 32 Abs. 1 SubG).

Zu diesen gesetzlich vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten ist zunächst festzuhalten, dass diese nicht gegen sämtliche Mitglieder des Baukartells ausgesprochen werden können, sondern nur gegen solche, welche in der fraglichen Periode auch tatsächlich einen Auftrag der sanktionierenden Vergabestelle erhalten haben. Nicht erforderlich ist jedoch der Nachweis, dass die Teilnahme am Baukartell im konkreten Fall zu einem Vermögensschaden geführt hat; sanktionsauslösend ist bereits die Tatsache, dass im

Rahmen der Selbstdeklaration wahrheitswidrige Angaben gemacht worden sind. Dies ist insbesondere in Bezug auf die Konventionalstrafe von Relevanz, wobei eine solche auch nur dann ausgefällt werden kann, wenn sie entweder in den Ausschreibungsunterlagen oder im Vertrag vorgesehen war.

Die Weko-Untersuchungen haben sich auf den Zeitraum zwischen 1997 und 2012 beschränkt, und der Nachweis von verpönten Preisabsprachen für die anschliessende Zeit dürfte sich sehr aufwändig gestalten. Da die in der untersuchten Zeitspanne von 1997 bis 2012 vergebenen Aufträge in der Zwischenzeit wohl allesamt abgeschlossen sind, wird ein Auftragsentzug oder eine vorzeitige Vertragsauflösung nur bedingt als Sanktionsmittel in Frage kommen.

Denkbar ist demgegenüber die Sanktion eines zeitlich befristeten Ausschlusses von künftigen Vergabeverfahren. Dabei gilt es zu bemerken, dass betroffenen Unternehmen – anders als bei Sperren zufolge schwerwiegender Verstösse gegen Arbeitsschutzbestimmungen gemäss Art. 31 SubG – nicht etwa auf einer „schwarzen Liste“ stehen und aufgrund ihrer nachgewiesenen Beteiligung am Baukartell von sämtlichen potentiellen Auftragge-

bern von künftigen Beschaffungen ausgeschlossen werden dürfen. Vielmehr ist lediglich diejenige Vergabestelle zu einem Ausschluss von künftigen Beschaffungen berechtigt, welche von der wahrheitswidrigen Selbstdeklaration betroffen war und einem solchen Anbieter einen Zuschlag erteilt hat. Da dies für einen betroffenen Unternehmer unter Umständen eine sehr einschneidende Massnahme darstellen kann, ist bei der Verhängung eines solchen Ausschlusses dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Schwere der Verfehlung Rechnung zu tragen. Bereits der Gesetzgeber hat für einen angemessenen Interessensausgleich gesorgt und die maximale Ausschlussdauer auf fünf Jahre festgesetzt. Schliesslich ist der freiwillige Charakter dieser Sanktionsmöglichkeiten zu berücksichtigen, welcher durch der „Kann-Formulierung“ zum Ausdruck kommt.

## **2. Zivilrechtliche Schadenersatzansprüche**

Sodann besteht für die Geschädigten die Möglichkeit, den erlittenen Schaden nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts auf zivilrechtlichem Wege geltend zu machen. Die Geltendmachung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen dürfte in der Praxis aber mit er-

heblichen Beweisschwierigkeiten verbunden sein. Durch die Weko-Untersuchungen sind lediglich der Wettbewerbsverstoss resp. die Widerrechtlichkeit, nicht jedoch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen bewiesen. Insbesondere die Bestimmung des Schadens bereitet im Kartellrecht generell sowie bei Submissionsabsprachen resp. Rotationskartellen im Besonderen besonders grosse Schwierigkeiten. Für die Bestimmung des erlittenen Schadens muss ein Geschädigter nämlich in die (hypothetische) Lage versetzt werden, in der er sich befände, wenn keine Preisabsprachen getroffen worden wären, mithin wenn der Wettbewerb einwandfrei gespielt hätte. Mit anderen Worten muss der „zuwiderhandlungsfreie Preis“ geschätzt und dieser mit dem tatsächlich bezahlten Preis verglichen werden. Diese sich aus der Natur der Sache ergebenden Schwierigkeiten werden in der Praxis oft noch dadurch verstärkt, dass die nötigen Unterlagen nicht vorhanden oder nicht zugänglich sind.

Der Kanton Graubünden hat die Weko offenbar bereits um Einsichtnahme in die Verfahrensakten gebeten, um auf diese Weise mögliche Zivilansprüche beurteilen und auch durchsetzen zu können. In Anbetracht der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwal-

tungsgerichts dürfte diese Akteneinsicht gewährt werden, doch ändert dies nichts daran, dass der Nachweis eines Vermögensschadens mit enormen Schwierigkeiten verbunden ist. Es ist nämlich nicht die Aufgabe der Weko, im Rahmen ihrer Untersuchungen einen effektiven Schaden oder weitere für die Durchsetzung von Zivilansprüchen notwendigen Voraussetzungen festzustellen. Zum Schaden wurde seitens der Weko in Bezug auf das Unterengadiner Baukartell lediglich darauf hingewiesen, dass ein Auftraggeber im Falle von Preisabsprachen gemäss allgemeinen ökonomischen Studien und Erfahrungswerten etwa 15 bis 20% mehr bezahle, dass diese Mehrkosten im Einzelfall aber auch bei 30 bis 40% liegen könnten. Diese Schätzungen mögen zwar den volkswirtschaftlichen Schaden andeuten und als Entscheidungshilfe für eine Klageeinleitung dienen, reichen für eine hinreichend substantiierte Darlegung des erlittenen Schadens in einem Zivilprozess aber natürlich nicht aus. Trotz der erwähnten Schwierigkeiten sowie der stiefmütterlichen Behandlung dieser Thematik in der schweizerischen Rechtslandschaft ist eine hinreichende Schadensbestimmung aber keineswegs unmöglich. Wie ein Blick auf die Handhabung im Ausland zeigt, sind je nach Datengrundlage verschiedene

Vergleichs- oder Simulationsmethoden denkbar (etwa ein zeitlicher Vergleich oder ein Vergleich mit Daten aus anderen räumlichen, kartellfreien Märkten). Unumgänglich ist stets eine umfassende Datenbeschaffung, hier also die vorgängige Einsichtnahme in die Akten der Weko-Untersuchung. Obschon solche Schadensbestimmungen mit einigem Aufwand verbunden sind, welcher auf der Kostenseite neben dem allgemeinen Prozessrisiko zu Buche schlägt, ist die Geltendmachung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen also keinesfalls ausgeschlossen.

Als problematisch könnte sich sodann der Aspekt der Verjährung erweisen, zumal eine relative Verjährungsfrist von einem Jahr ab Kenntnis von Schaden und Schädiger sowie eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren ab der schädigenden Handlung gilt. Auch wenn diese fristauslösende Kenntnis erst nach Einsicht in die Weko-Unterlagen zu laufen beginnen dürfte, sind Geschädigte, welche sich die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vorbehalten wollen, gut beraten, von den betroffenen Unternehmen einen Verjährungseinredeverzicht zu erwirken.

### 3. Strafrechtliche Verfolgung

Schliesslich wäre es denkbar, die verantwortlichen Personen der betroffenen Unternehmen auch strafrechtlich zu belangen. Dafür bestünde trotz der verhängten Weko-Bussen noch Raum, zumal das Unrecht der Preisabsprachen über die Weko-Busse nicht als abgegolten gilt und einer strafrechtlichen Verfolgung demnach auch das Doppelbestrafungsverbot nicht entgegenstehen würde. Zum einen handelt es sich beim Weko-Verfahren nicht um ein strafrechtliches, sondern um ein Verwaltungsverfahren, und zum anderen wird dort das Unternehmen als solches gebüsst, während sich eine strafrechtliche Verfolgung gegen die verantwortliche natürliche Person richten würde.

Eine strafrechtliche Verfolgung stösst jedoch – zumindest in der Schweiz – in praktischer Hinsicht an ihre Grenzen. Im Gegensatz zu unseren Nachbarländern besteht hierzulande nämlich kein Sondertatbestand für den „Submissionsbetrug“, und in der hiesigen Lehre ist mehr als umstritten, ob Submissionsabsprachen nach der allgemeinen Betrugsnorm von Art. 146 StGB strafbar sind. Daher erstaunt es nicht, dass sich die Staatsanwaltschaften in den

bisher in der Schweiz aufgedeckten Submissionskartellen stets davor gehütet haben, ein entsprechendes Verfahren zu eröffnen. Dementsprechend lassen sich in der schweizerischen Rechtsprechung auch keine Fälle finden, in welchen gegen einen verantwortlichen Mitarbeiter eines kartellrechtlich gebüssten Unternehmens auch noch wegen „Submissionsbetrugs“ ermittelt worden ist. Dies scheint vom Bundesgesetzgeber auch durchaus so gewollt zu sein, hat er doch trotz entsprechender Entwicklungen im europäischen Raum auf die Einführung eines Sondertatbestandes verzichtet und auch im Rahmen der letzten Kartellrechtsrevision davon abgesehen, strafrechtliche Sanktionen gegen einzelne Mitarbeiter von betroffenen Unternehmen einzuführen.

Denkbar wäre aber eine Verfolgung wegen Falschbeurkundung im Sinne von Art. 251 StGB, sofern ein Anbieter im Rahmen der regelmässig auszufüllenden Selbstdeklaration bestätigt hat, keine Absprachen oder wettbewerbsbeeinträchtigenden Massnahmen getroffen zu haben. Die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen dürften in der Regel erfüllt

sein. Für eine betroffene Vergabestelle dürfte die Einleitung eines solchen Verfahrens jedoch nur bedingt von Nutzen sein, zumal fraglich erscheint, ob die Strafverfolgungsbehörden in einem solchen Verfahren resp. im Rahmen von adhäsionsweise geltend gemachten Zivilansprüchen von Amtes wegen die Beweise erheben wird, mit welchen sich der durch die Preisabsprachen entstandene Schaden beweisen lässt.

### 4. Fazit

Damit ist festzuhalten, dass den betroffenen Vergabestellen durchaus Instrumente zur Verfügung stünden, um gegen einzelne Mitglieder des Unterengadiner Baukartells aus eigenem Recht vorzugehen. Die vorerwähnten Möglichkeiten schliessen sich auch nicht gegenseitig aus. So wäre es möglich, ein Unternehmen für einen befristeten Zeitraum von künftigen Vergabeverfahren auszuschliessen und gleichzeitig zivilrechtliche Schadenersatzforderungen zu erheben. Ob und in welcher Form ein Gemeinwesen gegen die Beteiligten des Baukartells vorzugehen gedenkt, ist nicht nur eine rechtliche Frage, sondern dürfte auch ein politischer Entscheid sein.

## NEUES AUS DER RECHTSSETZUNG

### Verbesserter Schutz vor ungerechtfertigten Betreibungen

von MLaw Flavio Decurtins

Sowohl unter Privaten als auch im Geschäftsverkehr werden die Instrumente des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) oft in missbräuchlicher Art und Weise eingesetzt. Entweder wird ein betreibungsrechtliches Verfahren als Druckmittel verwendet oder gar in der einzigen Absicht eingeleitet, der Gegenseite Schaden zuzufügen. Unabhängig davon, ob eine Betreibung gerechtfertigt ist oder nicht, führt eine solche trotz erhobenem Rechtsvorschlag zu einem Eintrag ins Betreibungsregister, was sich in verschiedenen Bereichen nachteilig auswirken kann (Stellen- und Wohnungssuche, Seriositäts- und Bonitätsprüfungen etc.). Selbst wenn der vermeintliche Gläubiger keine gerichtliche Beseitigung

des vom Betriebenen erhobenen Rechtsvorschlages anstrebt, bleibt der Eintrag im Betreibungsregister für Dritte fünf Jahre lang ersichtlich. Bis anhin wurde der Eintrag nur gelöscht, wenn man den Gläubiger zum Rückzug der Betreibung überreden konnte oder wenn man vor Gericht klagte.

Per 1. Januar 2019 soll das SchKG nun dahingehend angepasst werden, dass es einen besseren Schutz vor ungerechtfertigten Betreibungen bietet. Inskünftig kann ein Schuldner dem Betreibungsamt drei Monate nach Zustellung des Zahlungsbefehls ein Gesuch stellen und verlangen, dass die Betreibung keinem Dritten mehr angezeigt werde. Diesem Gesuch wird entsprochen, wenn der Gläubiger nicht innert zwanzig

Tagen nachweist, dass er rechtzeitig das gerichtliche Verfahren für die Beseitigung des Rechtsvorschlages eingeleitet hat. Wer Grund zur Annahme hat, dass eine gegen ihn erhobene Betreibung in ungerechtfertigter (oder auch irrümlicher) Weise erfolgt ist, sollte sich also nach Ablauf von drei Monaten seit Zustellung des Zahlungsbefehls ans Betreibungsamt wenden und ein entsprechendes Gesuch stellen. Auf diese Weise dürfte sich ein erheblicher Teil der ungerechtfertigten Betreibungsregistereinträge verhindern lassen, zumal ein missbräuchlich handelnder Gläubiger von der kostenfälligen Einleitung eines gerichtlichen Rechtsöffnungsverfahrens in der Regel absehen wird.

## NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

### BGer 1C\_216/2017 vom 6. August 2018; Keine Entschädigung wegen Begrenzung von Zweitwohnungen

von MLaw Gian Luca Peng

Im zur amtlichen Publikation vorgesehenen Urteil setzte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinander, ob die in

die Verfassung aufgenommene Begrenzung des Baus von neuen Zweitwohnungen einen schweren Eingriff in die Ei-

gentumsfreiheit der Grundeigentümer bewirkt. Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Eine Immobilienfirma hatte als Eigentümerin einer Parzelle in der Walliser Gemeinde Leytron im Juni 2012 um die Bewilligung zum Bau eines Chalets mit vier Zweitwohnungen ersucht. Die Gemeinde erteilte zunächst die Baubewilligung am 19. Dezember 2012, sie wurde vom Bundesgericht allerdings wieder aufgehoben, weil sie nach dem 11. März 2012, mithin nach Inkrafttreten von Art. 75b BV, erteilt wurde. Im Jahr 2015 gelangte die Immobilienfirma mit einer Entschädigungsforderung gegen die Gemeinde in Höhe von CHF 512'439.00 an die Walliser Schätzungskommission für Enteignungen, weil das Verbot zum Bau von Zweitwohnungen einen schweren Eingriff in ihre Eigentumsfreiheit bedeute, der einer materiellen Enteignung gleichkomme. Sowohl die Schätzungskommission, das Kantonsgericht als auch das in der Folge angerufene Bundesgericht weisen die Forderung ab.

Das Bundesgericht wiederholt in einem ersten Schritt seine auf BGE 139 II 243 zurückgehende Rechtsprechung, wonach Art. 75b BV und seine Übergangsbestimmung mit In-

krafttreten am 11. März 2012 direkt anwendbar sind und für alle Zweitwohnungen gelten, die von ersten Instanzen nach diesem Datum bewilligt wurden.

In einem weiteren Schritt äussert sich das Bundesgericht zum Inhalt der Eigentumsgarantie. Die Limitierung von Zweitwohnungen stellt keine Beschränkung des Eigentums dar, die einen Anspruch auf Entschädigung für Enteignung auslösen könnte. Das Eigentum ist nicht in unbeschränktem Umfang garantiert, sondern nur innerhalb der von der Rechtsordnung im öffentlichen Interesse gezogenen Grenzen. Die Regelung zur Beschränkung von Zweitwohnungen bildet eine planungspolitische Massnahme auf Verfassungsebene, die direkt anwendbar ist und die Möglichkeiten zum Erstellen von Zweitwohnungen schweizweit auf Gemeindeebene neu regelt. Wird der Umfang des Rechts auf Eigentum neu umschrieben, so dass bisher bestehende Möglichkeiten der Eigentümer entfallen, können Betroffene in aller Regel keine Entschädigung verlangen. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Übergang zum

neuen Recht zu krassen Ungleichheiten führt, die der Gesetzgeber nicht in Betracht gezogen hat und allzu harte Auswirkungen auf einzelne Eigentümer entfaltet.

Vorliegend sei dies nicht der Fall, denn die Immobilienfirma habe bereits vor der Abstimmung über die Zweitwohnungsinitiative erkennen können, dass ein nach einer allfälligen Annahme der Initiative eingereichtes Projekt für Zweitwohnungen nicht bewilligt werden könne. Inwiefern sich die Situation der Immobilienfirma von der Situation zahlreicher anderer betroffener Grundeigentümer unterscheidet, sei sodann nicht erkennbar. Schliesslich verbleibe der Immobilienfirma die Möglichkeit, die Parzelle mit Erstwohnungen oder mit Wohnraum zur touristischen Nutzung zu überbauen.

**Zusammenfassend: Die mit der Volksabstimmung vom 11. März 2012 in die Verfassung aufgenommene Begrenzung von Zweitwohnungen gibt Grundeigentümern in betroffenen Gemeinden grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Entschädigung.**

## Überbindung von Verfahrenskosten im baurechtlichen Einspracheverfahren

von MLaw Gian Luca Peng

In unserer letzten Ausgabe des Newsletters (Newsletter 2/2018) hatten wir an dieser Stelle auf einen Bundesgerichtsentscheid betreffend die Überbindung von Verfahrenskosten in baurechtlichen Einspracheverfahren sowie dessen Auswirkungen auf die KRG-Revision und die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts hingewiesen. Im dort erwähnten Entscheid hatte das Verwaltungsgericht zum Ausdruck gebracht, dass der betreffende Bundesgerichtsentscheid für den Kanton Graubünden keine unmittelbaren Auswirkungen habe und demnach nicht zu einer Unanwendbarkeit von Art. 96 Abs. 2 KRG

führe, solange es sich bei den zu überbindenden Verfahrenskosten um vernünftige Gebühren resp. um eine kleine Gebühr zur Abdeckung der amtlichen Kosten handle. In einem jüngeren Urteil R 17 66 vom 10. Juli 2018 hat das Verwaltungsgericht diese Praxis nun bestätigt und entschieden, dass im konkreten (relativ komplexen) Fall auch die Überbindung von Verfahrenskosten auf die Einsprecher in der Höhe von CHF 4'000.-- zu schützen sei. Wie der Gesetzgeber diese Frage im Rahmen der KRG-Revision zu lösen gedenkt, wird sich in der kommenden Oktobersession des Grossen Rates zeigen.

Caviezel Partner AG  
Rechtsanwälte und Notare  
Masanserstrasse 136  
CH-7000 Chur  
T. +41 81 258 55 58  
[www.caviezelpartner.ch](http://www.caviezelpartner.ch)