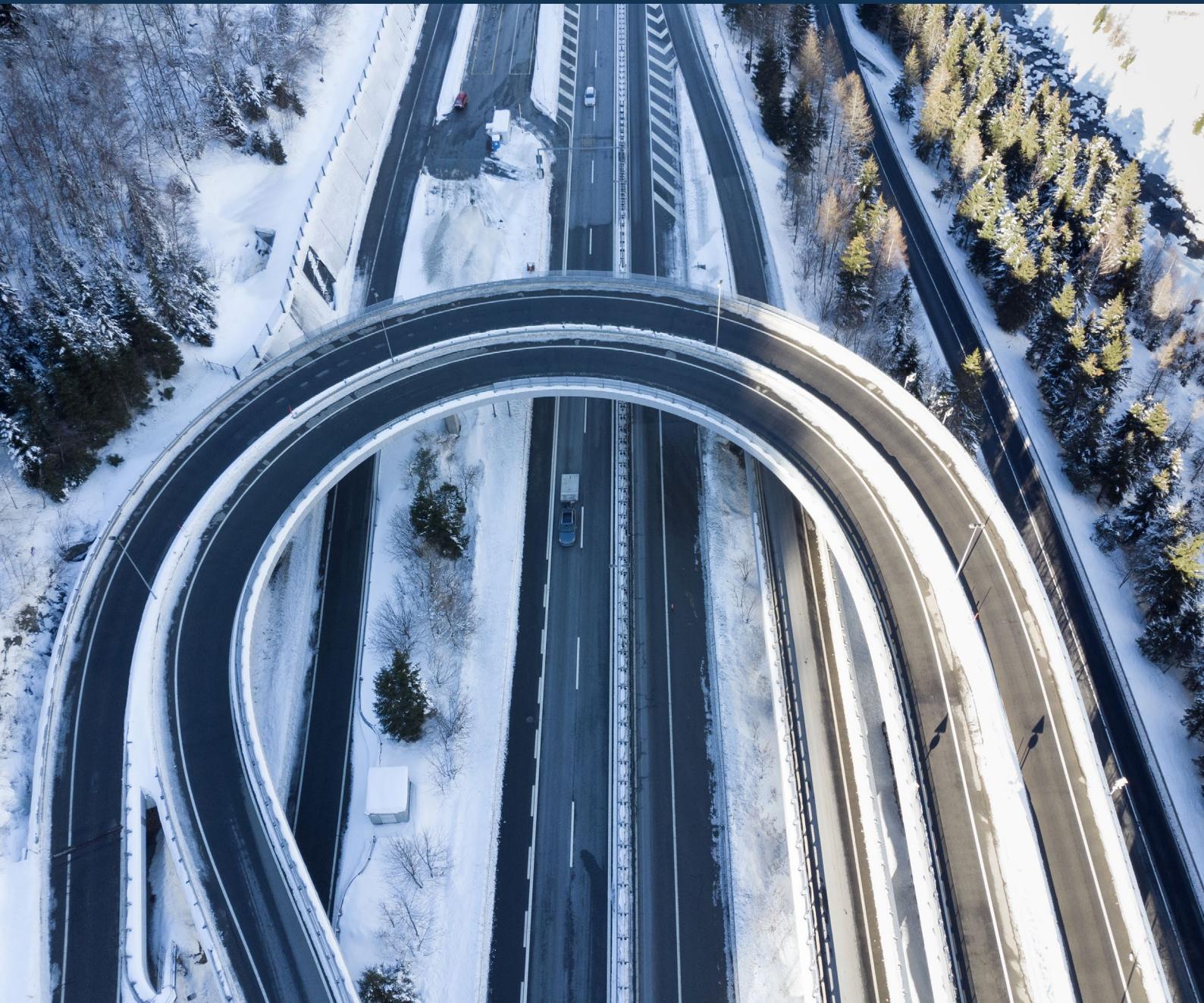


# Nachfragemacht im Infrastrukturbau

Leitfaden zum Vorgehen beim Verdacht auf missbräuchliche Verhaltensweisen  
öffentlicht-rechtlicher Körperschaften bei der Beschaffung von Werkleistungen



**infra** suisse

## Übersicht

04

Definitionen zu den  
kartellrechtlichen Prüffragen

08

Mögliche Rechtsbehelfe für  
betroffene Unternehmen

14

Haltung des Verbands  
Infra Suisse

18

Die Ausführungen in diesem Leitfaden sind teilweise vereinfacht und generalisiert. Bauunternehmen, welche der Meinung sind Bund, Kantone, Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften verhalten sich missbräuchlich im Sinne des Rechts, sollten dies stets im Einzelfall durch eine Fachperson prüfen lassen, bevor sie allenfalls rechtliche Schritte ergreifen.

## Vorwort

# Nachfragemacht verpflichtet

Die öffentliche Hand nimmt in der Schweiz bei der Vergabe von Werkleistungen für Infrastrukturbauten eine zentrale Rolle ein. Bund, Kantone, Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften (nachfolgend «OeReK») vergeben auf nationaler und regionaler Ebene in erheblichem Umfang Aufträge an ausführende, privatwirtschaftlich organisierte Unternehmen. Die Grösse und Bedeutung der Aufträge für die Unternehmen und ihre Mitarbeitenden führen zu grosser Verantwortung der OeReK und zu einer Nachfragemacht, die ihnen teilweise sogar eine faktische Monopolstellung verschaffen kann. Dies ist nicht per se falsch oder widerrechtlich, nimmt jedoch die OeReK gegenüber der Wirtschaft und Gesellschaft in die Verantwortung. Für die Unternehmen bedeutet dies eine besondere wirtschaftliche Abhängigkeit. Die Machtverhältnisse sind dabei einseitig verteilt: Während OeReK als Auftraggeber agieren, bleibt den Unternehmen meist keine echte Verhandlungsmacht. Wer sich den Bedingungen widersetzt, riskiert den Ausschluss von zukünftigen Aufträgen.

### Beobachtung mit Weitblick

Immer wieder erreichen uns Berichte von Mitgliedsunternehmen, die sich durch das Verhalten von OeReK benachteiligt, unter Druck gesetzt oder zu nachteiligen Vertragskonditionen gezwungen sehen. Einzelne OeReK überschreiten dabei nicht nur die Grenzen unseres Verständnisses eines partnerschaftlichen Umgangs, sondern geraten möglicherweise auch in einen rechtlich problematischen Bereich. In rechtlicher Hinsicht müssen OeReK, insbesondere, wenn sie über wesentliche Marktmacht verfügen, an die rechtlichen Vorgaben im beschaffungs-, kartell- und zivilrechtlichen Rahmen halten.

### Kooperation statt Konfrontation

Der Gesetzgeber hat in der Schweiz bislang keine klare Linie zur Beurteilung der Nachfragemacht vorgegeben. Trotzdem dürfen öffentliche Auftraggeber ihre Sonderstellung nicht dazu nutzen, marktwirtschaftliche Grundprinzipien auszuhebeln. Für die Interessen unserer Mitgliedsunternehmen setzen wir uns als Branchenverband genauso engagiert ein, wie für ein Klima der partnerschaftlichen Zusammenarbeit und eine Vergabekultur, die grundsätzlich auf Vertrauen und gemeinsamen Zielen beruht.

### Differenzieren, nicht pauschalisieren

Um dieses emotionale, oft von Vorurteilen geprägte Thema auf eine sachliche Basis zu stellen, haben wir den vorliegenden Kurz-Leitfaden in Auftrag gegeben. Wir betonen, dass der Zweck dieser Publikation nicht darin besteht, OeReK mit einem Pauschalvorwurf des Missbrauchs ihrer Marktmachtstellung zu behaften. Vielmehr möchten wir die Komplexität reduzieren und auf objektive Art und Weise dazu beitragen, dass sich Unternehmen mit den ersten Fragen auseinandersetzen, bevor sie Rechtsbehelfe beziehen.

Gleichzeitig verstehen wir in dieser Arbeit aber auch den Appell an die öffentlichen Bauherren, mit ihrer Stellung und ihrem Einfluss sorgfältig, unternehmensfreundlich und kooperativ umzugehen.

Dieser Kurz-Leitfaden richtet sich an betroffene Unternehmen und soll als erste Orientierungshilfe dienen, um das Verhalten von OeReK besser einschätzen und rechtlich einordnen zu können. Er ersetzt keine individuelle rechtliche Beratung, zeigt jedoch auf, in welchen Fällen vertiefte rechtliche Abklärungen angezeigt sein können. Ziel ist es, mehr Transparenz zu schaffen und die Sensibilität für mögliche Rechtsverstöße zu erhöhen.

### Dialog statt Eskalation

Als Verband sehen wir es als unsere Aufgabe, nicht nur die Interessen unserer Mitglieder gegenüber der Politik und Verwaltung zu vertreten, sondern auch auf Fehlentwicklungen im System hinzuweisen. Wir fordern von öffentlichen Auftraggebern ein faires und rechtskonformes Verhalten – im Sinne eines funktionierenden Wettbewerbs, einer gesunden Bauwirtschaft und letztlich auch im Interesse der Steuerzahler.

Die moderne, qualitativ hochstehende Infrastruktur der Schweiz ist ein Resultat langjähriger, auf Erfahrungen beruhender und zielorientierter Zusammenarbeit zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern. Die Lebensadern der Schweizer Wirtschaft und Gesellschaft müssen auch in Zukunft mit dem Fokus auf die Infrastruktur, nicht auf die Gesetzesartikel, gebaut, unterhalten und betrieben werden.

Wir danken deshalb Dr. iur. Josianne Magnin und allen weiteren Beteiligten für Ihre wertvolle Arbeit. Ein besonderer Dank gilt den öffentlichen Bauherren für die etablierten Dialoggefässe. Wir werden diese nutzen, um die Erkenntnisse dieses Berichts zielführend zu analysieren und bei Bedarf entsprechende Massnahmen zu lancieren.

Christian Wasserfallen  
Präsident Infra Suisse

Adrian Dinkelmann  
Geschäftsführer Infra Suisse

# Übersicht

Verfasst von PD Dr. iur. Josianne Magnin, Rechtsanwältin

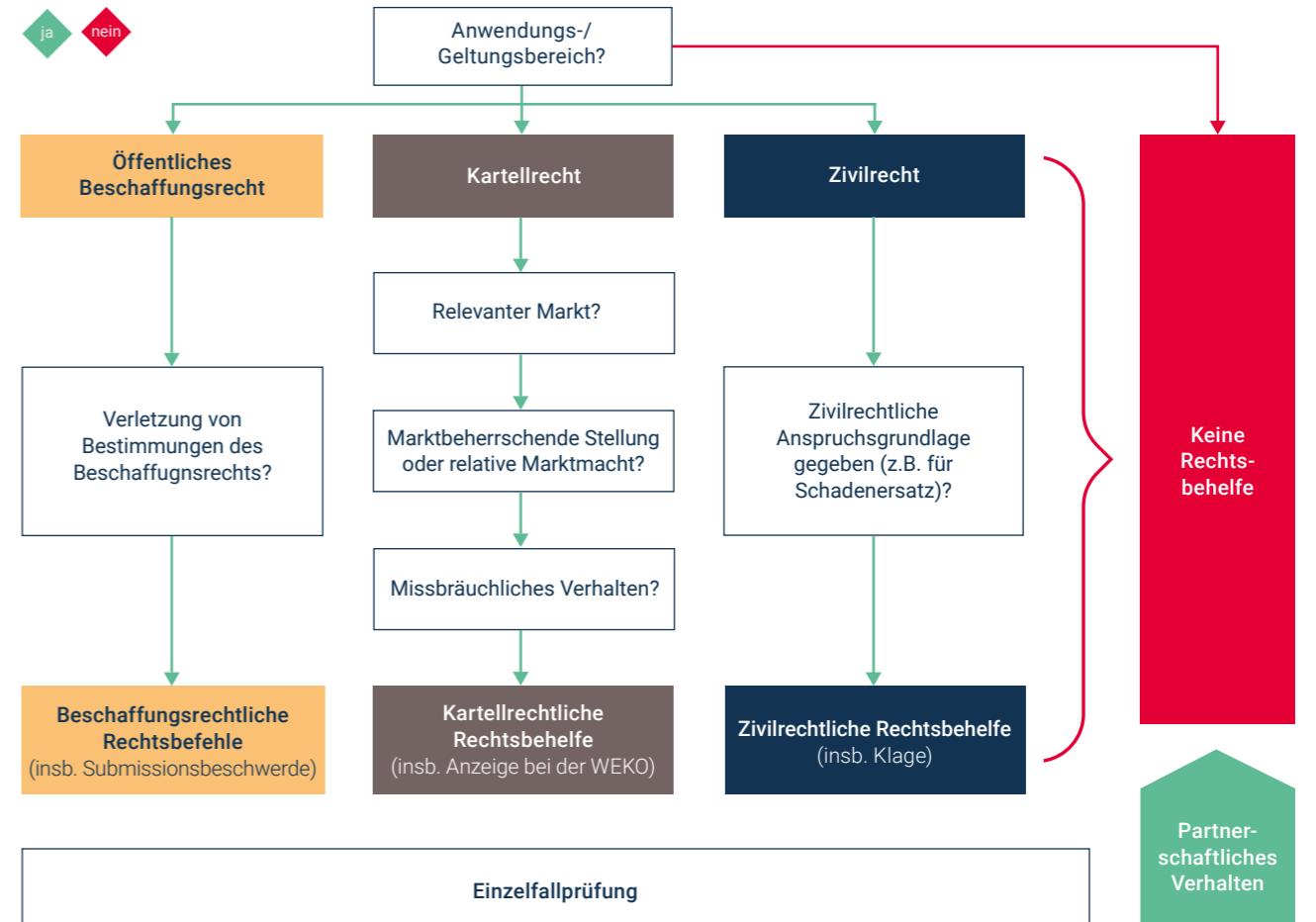
Als Nachfrager nehmen der Staat und öffentlich-rechtliche Körperschaften mit einem Beschaffungsvolumen von jährlich ca. 40 Milliarden Franken eine grosse **Nachfragemacht**<sup>1</sup> ein. Ihre Marktteilnahme untersteht verschiedenen rechtlichen Anforderungen:

Im Vordergrund steht das **Beschaffungsrecht**, welches den Wettbewerb schützt, wenn OeReK als Nachfrager Aufträge vergeben, die der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben dienen. Es verpflichtet den Staat dazu, seine Einkäufe im Rahmen von transparenten und nichtdiskriminierenden Ausschreibungsverfahren zu tätigen, um zu sicherzustellen, dass die Angebote mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis den Zuschlag erhalten. Der Fokus dieses Leitfadens liegt nicht auf dem Beschaffungsrecht, sondern auf dem **Kartellrecht**, das zum Beschaffungsrecht parallel anwendbar ist. Im Vordergrund steht die **Missbrauchskontrolle**.

In der Schweiz gibt es keine einheitliche Linie zur Beurteilung von Nachfragemacht. Es muss jeder Einzelfall für sich beurteilt werden.

Nebst dem Beschaffungs- und Kartellrecht können im Einzelfall Rechtsbehelfe des **Zivilrechts** anwendbar sein. In Zusammenhang mit dem Kartellrecht ist die zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in der Schweiz bisher aber kaum von Bedeutung. Durch eine Teilrevision des Kartellgesetzes sollen nun bedeutende Hindernisse beseitigt werden, womit das Kartellzivilrecht allenfalls in Zukunft an Bedeutung gewinnt.

Prüfen, ob und welche Rechtsbehelfe in Frage kommen



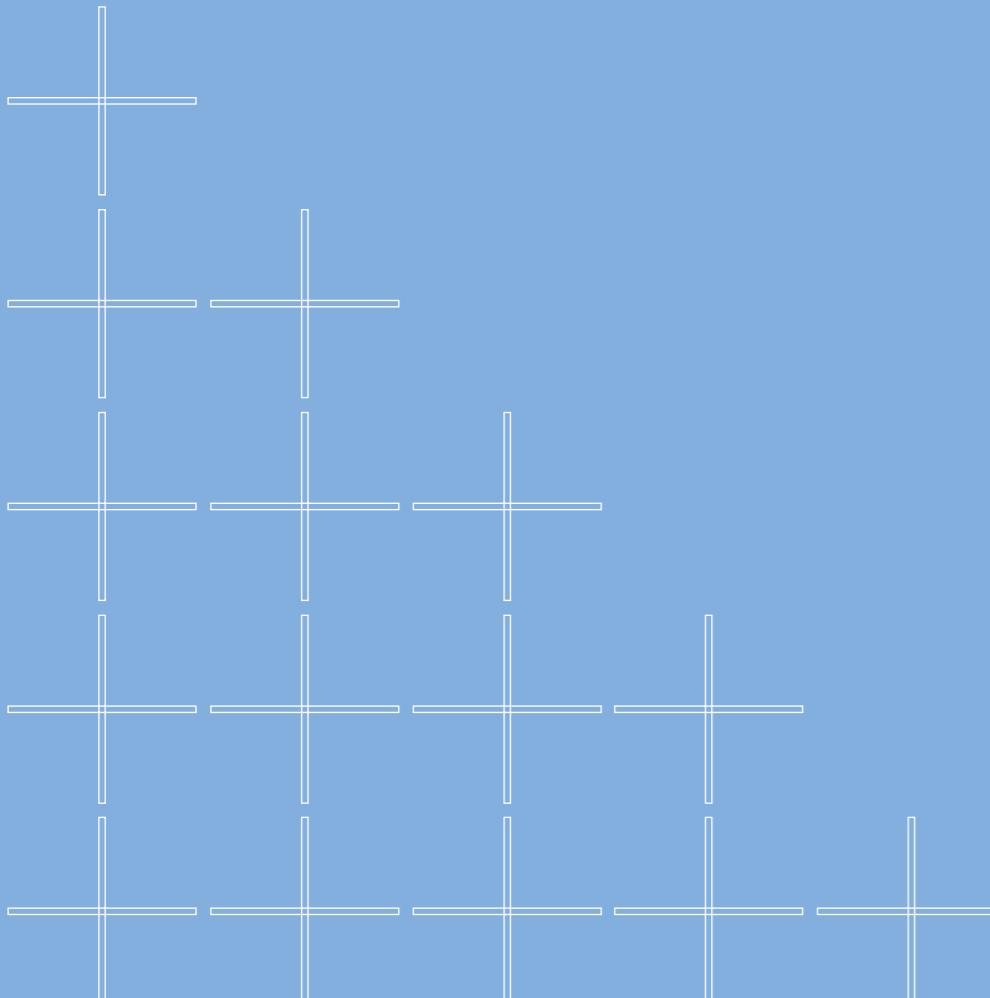
<sup>1</sup> Verhandlungsmacht, die ein Nachfrager gegenüber den Anbietern aufgrund seiner Grösse, seiner wirtschaftlichen Bedeutung und der (fehlenden) Ausweichmöglichkeiten der Anbieter zu seinen Gunsten einsetzen kann. Bei wesentlicher Nachfragemacht erleiden Unternehmen mangels alternativer Absatzkanäle schwerwiegende Verluste, wenn sie den entsprechenden Nachfrager verlieren.



Die öffentliche Hand nimmt in der Schweiz bei der Vergabe von Werkleistungen für Infrastrukturbauten eine zentrale Rolle ein.

# Definitionen zu den kartellrechtlichen Prüffragen

Verfasst von PD Dr. iur. Josianne Magnin, Rechtsanwältin



## a. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

**Grundsatz:** Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen. (Kartellgesetz, KG) gilt sowohl für Unternehmen des privaten wie auch **Organisationen des öffentlichen Rechts**, sofern diese Güter oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess anbieten oder nachfragen. Und dies selbst dann, wenn die Unternehmen in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe tätig werden.

**Beispiel:** Das KG gilt für die Armasuisse, wenn sie Schulungs- und Transporthelikopter einkauft, oder für einen Kanton, der Infrastruktur baut, welche der Grundversorgung zuzurechnen ist.

**Ausnahme:** Das Verhalten von OeReK fällt nicht unter das Kartellgesetz, wenn

- die OeReK hoheitlich tätig werden; oder  
**Beispiel:** Gemeinde erteilt Baubewilligungen.
- wenn das Gesetz Wettbewerb ausschliesst.  
**Beispiel:** rechtliches Monopol der Post bei Briefen bis 50 Gramm.

*Hinweis: Beides ist bei der Beschaffung von Bauaufträgen kaum je denkbar.*

Wenn OeReK Bauaufträge beschaffen, fallen sie regelmässig in den Geltungs- und Anwendungsbereich des KG.

## b. Relevanter Markt

**Relevanter Markt bei (vermuteter) Nachfragemacht:** Absatzkanäle, die austauschbar sind (aktuelle und alternative Absatzmöglichkeiten für die Produkte/Dienstleistungen eines Bauunternehmens).

Die Marktabgrenzung ist immer aus der Perspektive eines bestimmten Bauunternehmens vorzunehmen. Wenn eine Situation von (vermuteter) Nachfragemacht vorliegt, kann sich ein Unternehmen folgende Fragen stellen:

**1. Sachlich:** Welche Aufträge führe ich tatsächlich aus oder könnte ich mit zumutbarem Umstellungsaufwand ausführen (sind also mit meinen eigentlichen Tätigkeiten austauschbar)?  
**Beispiel:** Brücken- und Tunnelbau.

**2. Räumlich:** In welchem Gebiet kann ich tätig sein bzw. kann ich mit vernünftigem Aufwand Aufträge ausführen?  
**Beispiel:** Umkreis von 50 km um den Standort des Bauunternehmens / Fahrzeit von 1h ab dem Standort des Bauunternehmens.

**3. Zeitlich:** Inwieweit sind die Bauaufträge zeitlich austauschbar?

*Hinweis: Bei Bauunternehmen ist ein Ausweichen in der Regel nur während einer begrenzten Zeit möglich, weil viele Bauaufträge fixe Ausführungszeiten haben und zudem nur bestimmte Ressourcen (Personal und Maschinen) zur Verfügung stehen.*

**Beispiel:** August 2024.

Welche Nachfrager bzw. potentiellen Absatzkanäle habe ich für diese Bauaufträge?

**Beispiel:** Bund, Kanton X und Kanton Y, Gemeinden A, B und C.

Für die kartellrechtliche Beurteilung des Verhaltens von OeReK ist die Marktabgrenzung absolut zentral. Je enger der Markt definiert wird, desto eher wird auch von einer Wettbewerbsbeschränkung (z.B. einem Missbrauch) ausgegangen. In Bezug auf die Marktabgrenzung kommt den Behörden und Gerichten ein weites Ermessen zu.

## c. Marktbeherrschung oder relative Marktmacht

**1. Marktbeherrschung:** Eine marktbeherrschende Stellung ist gegeben, wenn eine OeReK auf dem relevanten Markt (siehe Ziff. 3b) als Nachfragerin generell in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang **unabhängig zu verhalten**. Das kann sich in verschiedenen Formen äussern:

- Die OeReK kann gegenüber Bauunternehmen bessere Konditionen durchsetzen (z.B. ungewöhnliche Risikoübernahme durch Bauunternehmen oder andere ungewöhnliche Geschäftsbedingungen) als andere Nachfrager von Bauleistungen.
  - Die OeReK kann sich berechtigten Preiserhöhungsabsichten der Bauunternehmen widersetzen.
  - Die OeReK kann den Umfang der Arbeit der Bauunternehmen (= deren Output) durch eine Reduktion ihrer Beschaffungsmenge im Beschaffungsmarkt dauerhaft senken.
- Hinweis: Es ist selbsterklärend, dass eine OeReK in der Regel in grossem Umfang relevante Bauaufträge nachfragen muss, damit sie sich in diesem Sinne unabhängig verhalten kann.*

Beispiele:

- 70% der Belagsarbeiten im Strassenbau in einer bestimmten Region werden von einer einzigen OeReK, z.B. einem Kanton, vergeben. Der Kanton

kann gegenüber den Bauunternehmen bessere und aussergewöhnliche Konditionen durchsetzen als andere Nachfrager (z.B. Gemeinden), weil die Strassenbauunternehmen von ihm abhängig sind. Wenn der Kanton weniger nachfragt, können die Strassenbauunternehmen im entsprechenden Kanton deutlich weniger Umsatz erwirtschaften, weil es kaum Ausweichmöglichkeiten gibt.

- Die SBB verfügt im Bereich des Betriebs der Eisenbahninfrastruktur über weite Teile über ein natürliches Monopol, da sie im Besitz eines Grossteils des essentiellen Schienennetzes ist (und ein möglicher Aufbau einer parallelen Infrastruktur durch private Konkurrenten kaum in Betracht kommt). Aus der Monopolstellung auf der Angebotsseite folgt eine Monopolstellung auf der Nachfrageseite.

**2. Relative Marktmacht:** Ein spezifisches Bauunternehmen ist als Anbieter derart von einer OeReK abhängig, dass für dieses Unternehmen keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen (keine generelle marktbeherrschende Stellung, sondern ein individuelles Abhängigkeitsverhältnis). Dies ist wie folgt zu prüfen:

1. Liegt im konkreten Einzelfall (involvierte Unternehmen, betroffene Branche, konkrete Produkte/Dienstleistungen) eine **Abhängigkeit** vor, weil für das betroffenen Unternehmen keine **ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten** bestehen?

*Hinweise: Es ist zu beurteilen, ob und inwiefern eine Angebotsumstellung für das betroffene Unternehmen im Einzelfall zumutbar ist. Unzumutbar sind Ausweichmöglichkeiten möglicherweise bei spezifischen Investitionen im Zusammenhang mit einer Geschäftsbeziehung oder sehr hohen Umstellungskosten, welche die wirtschaftliche Existenz eines Unternehmens gefährden würden.*

Im Grundsatz müssen betroffene Unternehmen nachweisen, dass sie – ohne Erfolg – nach Ausweichmöglichkeiten gesucht haben.

#### Beispiele/Untergruppen:

- **Produktespezialisierung:** Ein Anbieter stellt im Rahmen von Dauerlieferverhältnissen Produkte her, die speziell auf die Bedürfnisse eines bestimmten Nachfragers ausgerichtet sind und die in diesem speziellen Zuschnitt nicht allgemein bzw. auch von anderen Unternehmen nachgefragt werden.
- **Hoher Absatzanteil:** Ein bestimmter Nachfrager fragt einen so hohen Anteil der Produkte/Dienstleistungen eines Bauunternehmens ab, dass diese hohe Anzahl nicht auch über einen anderen Nachfrager abgesetzt werden könnte.
- **Goodwill:** Ein Bauunternehmen muss für eine bestimmte OeReK Aufträge ausführen können. Ansonsten ist es in der Branche nicht mehr

genügend angesehen und seine Dienstleistungen entsprechend nicht mehr konkurrenzfähig.

2. Ist das Abhängigkeitsverhältnis **verschuldet** bzw. infolge einer **unternehmerischen (Fehl-)Entscheidung** des abhängigen Unternehmens zustande gekommen? Eine wettbewerbsrechtlich problematische Abhängigkeit liegt nur vor, wenn sich das betroffene Unternehmen nicht selbst in diese Situation hineinmanövriert hat. Der Nachfrager muss das betroffene Unternehmen vielmehr dazu veranlasst haben, z.B. spezifische Investitionen zu tätigen, um Aufträge für diesen auszuführen.

Ein betroffenes Bauunternehmen kann sich folgende Fragen stellen:

1. Wer ist tatsächlicher oder potentieller Nachfrager meiner Dienstleistungen?
2. Auf welche Nachfrager könnte ich ausweichen, wenn Nachfrager A (in Bezug auf den Marktmacht vermutet wird) meine Dienstleistungen nicht mehr nachfragt?
3. Sind die alternativen Nachfrager ausreichend, damit ich meine Fixkosten decken kann?
4. Falls nein: Könnte ich Personal, Maschinen und Gebäude mit ökonomisch vertretbarem Aufwand auch für die Produktion anderer Güter/Dienstleistungen verwenden?
5. Habe ich das problematische Abhängigkeitsverhältnis selbst verschuldet?

**Beispiel:** Das Bauunternehmen X hat sein Angebot im Bereich Spezialtiefbau infolge langjähriger guter Geschäftsbeziehung und auf Wunsch einer bestimmten OeReK auf deren Bedarf ausgerichtet. Alternative Nachfrager für die Dienstleistungen des Bauunternehmens gibt es zwar, reichen aber nicht aus, um die Fixkosten zu decken. Die Ressourcen können zudem nicht einfach dazu eingesetzt werden, künftig z.B. im Belagsbau oder Hochbau tätig zu werden.

Ob eine marktbeherrschende Stellung oder relative Marktmacht vorliegt, muss stets im Einzelfall (nach Abgrenzung des relevanten Marktes) beurteilt werden, wobei eine Fachperson beizuziehen ist.

Reine Marktmacht an sich ist nicht verboten, sondern zulässig. Marktbeherrschenden und relativ marktmächtigen Unternehmen kommt aber eine besondere Verantwortung für ihr Marktverhalten zu. Sie dürfen ihre Stellung im Markt nicht missbrauchen.

## d. Missbrauch von Marktmacht

Marktbeherrschenden und relativ marktmächtigen (nachfolgend zusammenfassend «marktmächtigen») Körperschaften ist es generell untersagt, ihre Stellung auf dem Markt zu missbrauchen, indem sie unter anderem Geschäftspartner im Wettbewerb behindern (**Behinderungsmissbrauch**) oder die Marktgegenseite benachteiligen (**Ausbeutungsmissbrauch**), ohne dass dafür sachliche Gründe bestehen.

**Beispiele** von möglichen missbräuchlichen Verhaltensweisen sind unter anderem:

- **Die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen** (z.B. Bezugssperre): Geschäftsbeziehungen mit bestimmten Bauunternehmen werden nicht aufgenommen, eingeschränkt oder abgebrochen und damit das Bauunternehmen in der Aufnahme/Ausübung des Wettbewerbs behindert.

**Beispiele:** Eine marktmächtige OeReK...

- verzichtet konsequent darauf, Bauunternehmen Y in Einladungsverfahren oder freihändigen Verfahren zu

berücksichtigen, obwohl es die entsprechenden Anforderungen erfüllt.

- verzichtet auf eine Losbildung, obwohl eine solche möglich und sinnvoll wäre, weshalb nur ein bestimmtes Grossunternehmen in der Lage ist, eine Offerte einzureichen.

- stellt spezielle Eignungskriterien (technische Spezifikationen) auf, die nicht erforderlich sind, mit dem Ziel, bestimmte Anbieter auszuschliessen.

- **Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen** (die ein privater Bauherr nicht durchsetzen könnte):

- Erzwingung: Die Bedingungen können nur aufgrund der besonderen Verhandlungsmacht der OeReK durchgesetzt werden (es wird z.B. ein bestimmtes Vorgehen in Aussicht gestellt, wenn der Forderung nach einem Vorzugspreis nicht entsprochen wird).





- Unangemessen: Die Bedingungen stehen in keinem angemessenen Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung und sind im Vergleich zu den Geschäftsbeziehungen mit Dritten, die über keine Nachfragemacht verfügen, aussergewöhnlich.

Beispiele: Eine marktmächtige OeReK ...

- verlangt vom Bauunternehmen Y bei einem offerierten Bauauftrag einen Rabatt in Höhe von 20%, ansonsten würde es in weiteren Ausschreibungen nicht mehr berücksichtigt. Der Rabatt in Höhe von 20% führt dazu, dass das Unternehmen kaum kostendeckend arbeiten kann. Der Preis liegt zudem deutlich unter jenem, welcher eine OeReK in einem Nachbarkanton kürzlich für ein analoges Bauprojekt bezahlt hat.
- setzt in den Vertragsverhandlungen mit einem Bauunternehmen unverhältnismässig hohe Vertragsstrafen durch.
- wälzt das Baugrundrisiko auf das Bauunternehmen ab.
- setzt Teuerungsverzichtsklauseln durch und/oder Klauseln, welche den Ersatz von Aufwendungen für Unvorhergesehenes ausschliessen (um für sich die Preissicherheit zu gewährleisten).

• **Die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes:**

Die Nachfrage nach Bauaufträgen wird künstlich verknappet, etwa, um anschliessend tieferen Preisen durchsetzen zu können.

Beispiel: Ein Kanton entscheidet sich, im Jahr 2025 nur die Hälfte der sonst üblichen Bauaufträge auszuschreiben, dies mit dem Ziel, dass die Bauunternehmen für die ausgeschriebenen Aufträge deutlich tieferen Preisen offerieren (um doch noch Aufträge zu erhalten).

- **Die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen:** Eine OeReK macht die Vergabe eines Bauauftrags von Zugeständnissen des Bauunternehmens abhängig, die keinen vernünftigen Bezug zum Grundgeschäft haben.

Beispiele:

- Eine OeReK verfügt im Bereich Hochbau gegenüber einem Bauunternehmen über relative Marktmacht. Im Bereich Gartenbau, in dem das besagte Bauunternehmen auch tätig ist, gibt es aber diverse andere und attraktivere Nachfrager. Die OeReK stellt dem Bauunternehmen in Aussicht, dass es ein grosses Schulhaus bauen kann, wenn es zusätzlich auch noch eine Parkanlage anlegt.
- Die SBB vergibt einem Bauunternehmen einen Bauauftrag, knüpft dies aber an die Bedingung, dass das Unternehmen gewisse Güter künftig per Bahn transportieren lässt.

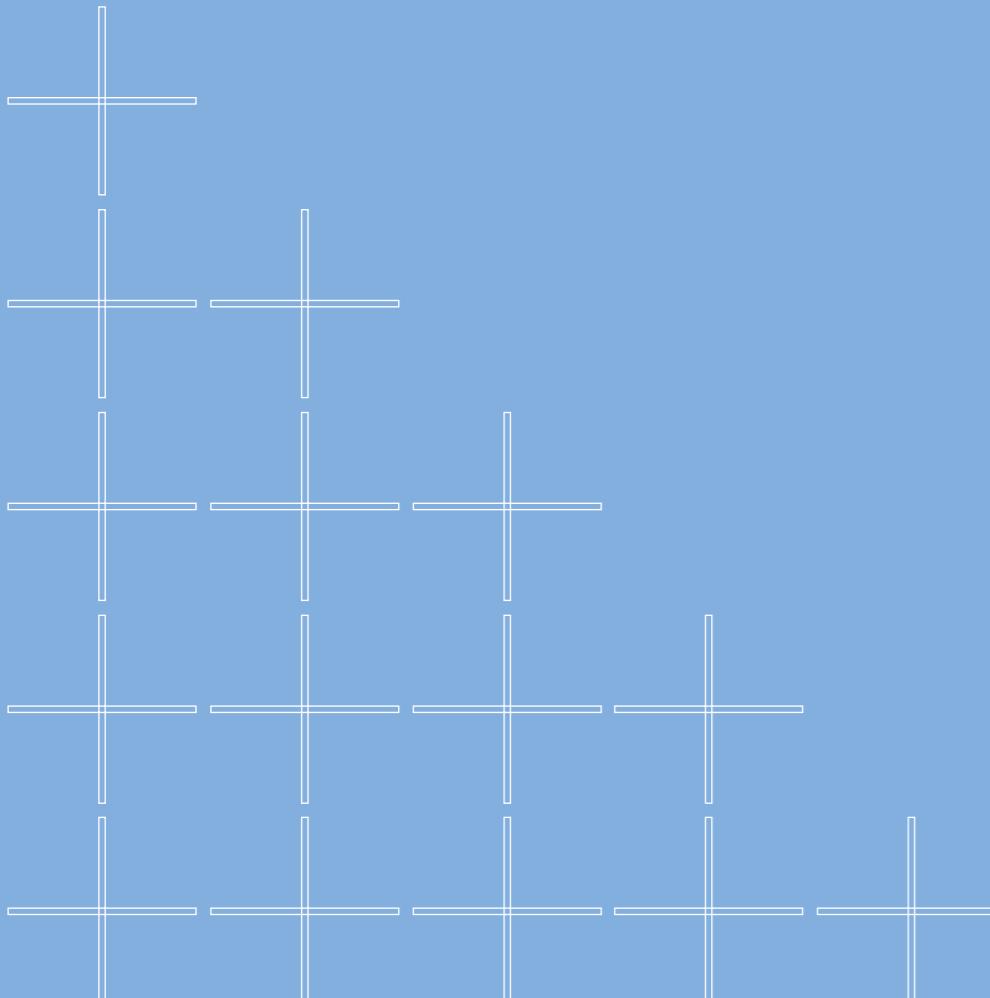
Die Wettbewerbsbehörden prüfen nach Feststellung einer im Grundsatz missbräuchlichen Verhaltensweise, ob für diese eine Rechtfertigung gegeben ist bzw. **sachliche Gründe** bestehen. Solche sind zu bejahen, wenn sich die betreffende OeReK auf kaufmännische Grundsätze stützen kann oder Effizienzgründe vorliegen, wenn ein Verhalten also betriebswirtschaftlich sinnvoll ist. Auch marktmächtigen Unternehmen müssen gewisse Ermessensspielräume zugestanden werden. Zudem ist es zulässig, wenn sie Eigeninteressen verfolgen und ihre starke Marktposition mit entsprechenden Massnahmen schützen (das Kartellrecht will nicht vor, sondern den Wettbewerb schützen).

Die Wettbewerbsbehörden sind sehr zurückhaltend, wenn es etwa darum geht, die Angemessenheit von Preisen zu prüfen. Die obigen Klauseln sind zudem nicht per se missbräuchlich; es ist stets der Einzelfall zu beurteilen und dabei auch zu prüfen, ob ein Verhalten durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann.

Aktuell gibt es in der Schweiz nur wenig Literatur und Rechtsprechung zum Missbrauch von Nachfragemacht, insbesondere, wenn es um die öffentliche Hand geht. Schweizer Behörden und Gerichte haben einen Missbrauch durch die nachfragemächtige öffentliche Hand bis heute – soweit ersichtlich – noch nie explizit bejaht. Das zeigt, welche geringe Bedeutung der Nachfragemacht bisher beigemessen wurde und wie stiefmütterlich Wettbewerbsbehörden und Gerichte Nachfragemacht der öffentlichen Hand behandeln. Offenbar gehen Behörden und Gerichte teilweise a priori von der Rechtstreue der Verwaltung aus.

# Mögliche Rechtsbehelfe für betroffene Unternehmen

Verfasst von PD Dr. iur. Josianne Magnin, Rechtsanwältin



Betroffenen Bauunternehmen stehen bei Bedarf im Grundsatz drei Rechtswege zur Verfügung, welche alle gewisse Vor- und Nachteile mit sich bringen:

## a. Zivilrechtliches Verfahren

Wenn Bauunternehmen durch missbräuchliche Verhaltensweisen seitens OeReK in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert werden, können sie grundsätzlich vor dem zuständigen Zivilgericht namentlich auf

- Beseitigung oder Unterlassung der missbräuchlichen Verhaltensweise oder
- Schadenersatz / Genugtuung

klagen.

Im Kartellzivilverfahren trägt das klagende Bauunternehmen einerseits die **Behauptungs- und Beweislast**: Es muss dem zuständigen Gericht aufzeigen, dass eine missbräuchliche Verhaltensweise vorliegt – und dies mit geeigneten Beweismitteln belegen.

Andererseits trägt es ein **Kostenrisiko**: Bei Unterliegen muss es nicht nur die eigenen Anwaltskosten tragen, sondern auch Verfahrenskosten und dem OeReK allenfalls eine Parteientschädigung bezahlen. Die Höhe der Parteientschädigung und der Gerichtskosten wird üblicherweise nach dem Streitwert bemessen, der in kartellrechtlichen Auseinandersetzungen regelmäßig hoch ist.

Das Kartellzivilverfahren fristet in der Schweiz bis anhin ein Stiefmütterchen-Dasein. Entsprechende Verfahren sind aktuell selten. Insbesondere aufgrund der erwähnten Behauptungs- und Beweislast sowie des Kostenrisikos ist es in der Regel sinnvoller, zuerst (wenn überhaupt) ein kartell- und/oder beschaffungsrechtliches Verfahren einzuleiten.

## b. Kartellrechtliches Verfahren

Ein Unternehmen, welches vermutet, dass eine OeReK ihm gegenüber ihre Marktmacht missbraucht, kann sich an die Wettbewerbsbehörden (WEKO und Sekretariat) wenden und unter anderem eine formelle Anzeige einreichen. Das betroffene Unternehmen sollte den massgeblichen Sachverhalt möglichst genau schildern und allfällige Beweismittel einreichen. Die Wettbewerbsbehörden entscheiden nach weiteren Abklärungen, ob sie ein Verfahren eröffnen oder nicht. Dabei kommt ihnen grosses Ermessen zu.

Sofern eine kartellrechtliche Untersuchung durchgeführt wird, kann die WEKO dem marktmächtigen Unternehmen

mit ihrer Verfügung Verhaltens- und Unterlassungspflichten auferlegen oder eine allfällige einvernehmliche Regelung genehmigen. In gewissen Fällen kann die WEKO zudem Sanktionen aussprechen.

Die Wettbewerbsbehörden müssen den **Sachverhalt grundsätzlich von Amtes wegen** feststellen (wobei sowohl den Anzeiger wie auch die OeReK gewisse **Mitwirkungspflichten** treffen). Der Anzeiger kann an der Untersuchung entweder als Partei oder blass als beteiligtes Unternehmen ohne Parteistellung teilnehmen. Im zweiten Fall trägt das Unternehmen im Grundsatz keine **Kostenrisiken**. Es kann trotz fehlender Parteistellung Akteneinsicht verlangen (wobei die so gewonnen Erkenntnisse/Beweise z.B. in einem Zivilverfahren verwendet werden könnten).

Bereits in Bezug auf die Frage, ob eine kartellrechtliche Untersuchung eröffnet wird, kommt den Wettbewerbsbehörden ein grosses Ermessen zu. Die Wettbewerbsbehörden konzentrieren sich vor allem auf Fälle, die wichtige Rechtsfragen klären oder verbreitete Verhaltensweisen betreffen. Das anzeigende Unternehmen hat keinen Anspruch, dass die Wettbewerbsbehörden ein Verfahren eröffnen. Die Wettbewerbsbehörden werden nur mit Zurückhaltung Verfahren gegen OeReK einleiten.

## c. Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit der Ausschreibung

Schliesslich ist denkbar, dass (unter anderem) die Verletzung kartellrechtlicher Bestimmungen in Beschwerdeverfahren gerügt wird, die sich gegen Verfügungen im Zusammenhang mit Ausschreibungsverfahren richten (z.B. Ausschreibung, Zuschlagsverfügung). Der Sachverhalt ist auch in diesem Verfahren zwar durch die Behörden/Gerichte von Amtes wegen festzustellen. Das betroffene Unternehmen muss aber die relevanten **Rügen** vorbringen. Zudem trägt es – ähnlich wie im Zivilverfahren – **Kostenrisiken** (insb. Verfahrenskosten und Parteientschädigung).



Unser Ziel ist es, das öffentliche Beschaffungswesen hin zu einer partnerschaftlichen Kultur weiterzuentwickeln, die Innovation fördert und faire Wettbewerbsbedingungen gewährleistet.

# Haltung des Verbands Infra Suisse

## Nachfragemacht im Infrastrukturbau differenziert betrachten

Die zunehmenden Rückmeldungen aus der Branche zum Verhalten öffentlicher Bauherren verdeutlichen eine Entwicklung, die ernst genommen werden muss: Die ausführenden Bauunternehmen der Infrastrukturbranche sehen sich vermehrt mit Beschaffungspraktiken konfrontiert, die sie als Ausdruck marktbeherrschender Positionen wahrnehmen – mit entsprechendem wirtschaftlichem Druck auf die Ausführenden. Infra Suisse beobachtet diese Tendenzen mit Sorge und setzt sich dafür ein, dass sie weder pauschalisiert noch ignoriert, sondern differenziert analysiert und konstruktiv adressiert werden.

Die vorliegende Publikation zeigt: Es existiert in der Schweiz derzeit keine etablierte, einheitliche Linie zur rechtlichen Einordnung von Nachfragemacht öffentlicher Beschaffungsstellen. Marktbeherrschung, relative Marktmacht oder ein potenziell missbräuchlicher Umgang mit strukturell bedingten Machtverhältnissen sind stets im Einzelfall zu prüfen und einzuordnen. Dabei ist eine nüchterne, sachliche Beurteilung erforderlich – frei von Pauschalvorwürfen, aber auch ohne Verharmlosung struktureller Ungleichgewichte im Machtgefüge.

Infra Suisse versteht sich als engagierte Interessenvertretung der ausführenden Infrastrukturbauer – und gleichzeitig als konstruktiver Gesprächspartner der öffentlichen Auftraggeber. In dieser vermittelnden Rolle setzen wir uns für eine neue Vergabe- und Kooperationskultur im öffentlichen Beschaffungswesen ein: Eine Kultur, die von gegenseitigem Respekt, Transparenz und Augenhöhe geprägt ist. Dazu gehört auch die Bereitschaft, strukturelle Machtasymmetrien offen anzusprechen – ohne Konfrontation, aber mit Klarheit und Zielorientierung.

Es liegt nicht in der Verantwortung von Infra Suisse, Einzelfälle juristisch zu bewerten.

Diese Aufgabe verbleibt bei den betroffenen Unternehmen selbst, idealerweise unter Beizug spezialisierter Rechtsberatung. Gleichwohl gilt: Wo der Rechtsweg nicht angebracht oder zielführend erscheint, ist ein konstruktiver Dialog mit den öffentlichen Bauherren der nachhaltigere Weg.

In solchen Fällen appelliert Infra Suisse an die Verantwortung der Auftraggeber, sich ihrer Beschaffungsmacht bewusst zu sein – und diese im Sinne fairer, partnerschaftlicher Zusammenarbeit einzusetzen.

Als Verband bieten wir Unternehmen bei Bedarf unsere Unterstützung an – insbesondere dann, wenn es darum geht, im direkten Austausch mit Auftraggebern gemeinsame Lösungen zu entwickeln. Unser Ziel ist es, das öffentliche Beschaffungswesen weiterzuentwickeln – hin zu einer partnerschaftlichen Kultur, die Innovation fördert, Marktvielzahl erhält und faire Wettbewerbsbedingungen für alle Beteiligten gewährleistet.



- in** Verband Infra Suisse
- f** verband.infrasuisse
- o** infrasuisse
- t** InfraSuisse