
Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank.....V

Preface and Acknowledgements VII

Inhaltsübersicht IX

Abkürzungsverzeichnis.....XVII

LiteraturverzeichnisXXV

Materialienverzeichnis..... XXXVII

Einleitung..... 1

A. Ausgangslage..... 1

1. Öffentliche Vergabeverfahren als Wettbewerbsverfahren 1

2. Begriff der Submissionsabrede..... 7

3. Wohlstandsverlust durch Submissionsabreden11

B. Fragestellungen..... 14

C. Methodik..... 16

D. Aufbau der Arbeit 18

**I. Massnahmen und Sanktionen zur Bekämpfung von Submissionsabreden
im Kartell- und öffentlichen Beschaffungsrecht 20**

A. Massnahmen und Sanktionen zur Bekämpfung von Submissionsabreden 20

1. Kartellrechtliche Massnahmen und Sanktionen..... 20

a. Überblick zum Kartellrecht..... 20

b. Massnahmen zur Auflösung von Submissionsabreden 23

aa. Einseitige Anordnung von Verhaltenspflichten 23

bb. Einvernehmliche Vereinbarung von Verhaltenspflichten 26

c. Sanktionierung von Submissionsabreden und Bonusregelung 30

2. Vergaberechtliche Massnahmen und Sanktionen..... 32

a. Überblick zum öffentlichen Beschaffungsrecht..... 32

b. Massnahmen zur Auflösung von Submissionsabreden 39

aa. Verfahrensausschluss..... 40

bb. Zuschlagswiderruf..... 41

cc. Streichung aus dem Verzeichnis..... 44

dd. Verfahrensabbruch..... 45

c. Sanktionierung von Submissionsabreden 46

aa. Vergabesperre 47

bb. Vergaberechtliche Busse..... 50

cc. Verwarnung 52

dd. Anzeige an eine Spezialbehörde.....	52
ee. Liste der sanktionierten Unternehmen.....	52
d. Meldung an die Wettbewerbsbehörden.....	57
B. Zusammenspiel der kartell- und vergaberechtlichen Sanktionen.....	60
1. Kartellrechtliche «Bonusregelung» als Instrument zur Aufdeckung von Submissionsabreden.....	60
2. Einfluss der vergaberechtlichen Sanktionen auf die kartellrechtliche Bonusregelung.....	64
3. Bonusregelung im öffentlichen Beschaffungsrecht.....	65
C. Verfahrensgarantien nach EMRK.....	67
1. Verwaltungsrechtliche Natur.....	72
a. Kartellrechtliche Sanktionen.....	73
b. Vergaberechtliche Sanktionen.....	74
2. Zivilrechtliche Natur.....	75
a. Kartellrechtliche Sanktionen.....	75
b. Vergaberechtliche Sanktionen.....	76
3. Strafrechtliche Natur.....	77
a. Begriff der strafrechtlichen Anklage.....	77
aa. Innerstaatliche Qualifikation.....	79
bb. Wahre Natur der Zuwiderhandlung.....	80
cc. Art und Schwere der Sanktion.....	87
b. Kartellrechtliche Sanktion.....	88
c. Vergabesperre.....	90
aa. Innerstaatliche Qualifikation.....	90
bb. Natur der Zuwiderhandlung.....	91
cc. Art und Schwere der angedrohten Sanktion.....	97
dd. Zwischenfazit.....	106
d. Vergaberechtliche Busse.....	106
aa. Innerstaatliche Qualifikation.....	106
bb. Natur der Zuwiderhandlung.....	107
cc. Art und Schwere der angedrohten Sanktion.....	110
dd. Zwischenfazit.....	113
4. Fazit.....	114
II. Submissionsabreden im Kartellrecht.....	116
A. Kartellrechtliche Tatbestandsmerkmale der unzulässigen Submissionsabreden.....	116
1. Submissionsabrede als kartellrechtliche Wettbewerbsabrede.....	116
a. Mindestens zwei beteiligte Unternehmen.....	117
b. Verhaltenskoordination.....	124

c.	Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	131
aa.	Begriff der Wettbewerbsbeschränkung.....	131
bb.	Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	132
cc.	Wettbewerbsbeschränkung durch Submissionsabreden.....	134
dd.	Sonderfall: Wettbewerbsbeschränkung durch ARGE.....	137
2.	Submissionsabrede als kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabrede	143
a.	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.....	144
b.	Nachweis von (Rest-)Wettbewerb.....	150
c.	Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.....	162
d.	Rechtfertigung der Submissionsabrede aus Effizienzgründen.....	171
3.	Gerechtfertigte Arten von Submissionsabreden.....	177
B.	Kartellrechtliches Verfahren zur Untersuchung einer Submissionsabrede.....	179
1.	Kartellrechtliche Vorabklärung	180
a.	Einleitung der Vorabklärung.....	181
b.	Formloses Beweisverfahren.....	182
c.	Abschluss der Vorabklärung.....	184
2.	Kartellrechtliche Untersuchung.....	185
a.	Einleitung der Untersuchung	186
b.	Formelles Beweisverfahren.....	189
aa.	Abklärung des relevanten Sachverhalts.....	190
bb.	Beweisfragen	198
c.	Abschluss der Untersuchung.....	205
d.	Eröffnung der kartellrechtlichen Sanktionsverfügung	210
C.	Kartellrechtliche Sanktionsbemessung.....	212
1.	Voraussetzungen der Sanktionierung	212
a.	Sanktionierbare Verhaltensweise	212
b.	Vorwerfbarkeit	213
c.	Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht.....	218
2.	Grundlagen der kartellrechtlichen Sanktionsbemessung	218
3.	Bestimmung des Basisbetrags	220
a.	Relevanter Umsatz für die Bestimmung des Basisbetrags.....	220
b.	Kriterien für die Bestimmung des Basisbetrags.....	222
4.	Dauerzuschlag	227
5.	Berücksichtigung von besonderen Umständen	228
a.	Erschwerende Umstände.....	229
aa.	Wiederholte Verstöße	229
bb.	Höhe der erzielten Kartellrente	231
cc.	Unkooperative Verhaltensweise	233
dd.	Anstiftende oder führende Rolle	234
ee.	Anordnung oder Durchführung von Vergeltungsmassnahmen	235

b. Mildernde Umstände.....	236
aa. Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung	236
bb. Passive Rolle	237
cc. Keine Vergeltungsmassnahmen.....	238
dd. Weitere mildernde Umstände	238
6. Sanktionskappung	247
7. Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.....	247
8. Berücksichtigung der Bonusregelung	249
III. Submissionsabreden im öffentlichen Beschaffungsrecht.....	253
A. Vergaberechtliche Tatbestandsmerkmale der unzulässigen Submissionsabrede	253
1. Grundsätzliche Übernahme des kartellrechtlichen Verständnisses der unzulässigen Wettbewerbsabrede.....	254
2. Besonderheiten des vergaberechtlichen Verständnisses der unzulässigen Wettbewerbsabrede	259
B. Vergaberechtliches Sanktionsverfahren zur Untersuchung einer Submissionsabrede	262
1. Verfahrenseinleitung.....	264
a. Zuständige Behörde	264
b. Pflicht zur Untersuchungseröffnung.....	269
c. Mitteilung der Verfahrenseröffnung.....	278
2. Abklärung des relevanten Sachverhalts	279
a. Untersuchungspflicht der öffentlichen Auftraggeberin	279
b. Mitwirkungspflichten der Parteien.....	281
c. Mitwirkungsrechte der Parteien.....	286
3. Beweisfragen.....	287
a. Beweismass des strikten Beweises	287
b. Tatbestands- und Beweiselemente	292
c. Beweiswürdigung.....	294
d. Beweislastverteilung.....	296
4. Eröffnung der vergaberechtlichen Sanktionsverfügung.....	297
a. Sanktionsadressatinnen	297
b. Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung	300
c. Schriftliche und individuelle Eröffnung der Sanktionsverfügung	301
d. Begründungspflicht	303
5. Sperrwirkung.....	304
a. Zeitpunkt der Sperrwirkung.....	304
b. Eintrag in die Sanktionsliste	306

C.	Vergaberechtliche Sanktionsbemessung	306
1.	Voraussetzungen der Sanktionierung	307
a.	Sanktionierbare Verhaltensweise	307
b.	Schwerwiegender Verstoss.....	308
c.	Sachzusammenhang	309
d.	Vorwerfbarkeit	311
e.	Verwirkung.....	314
f.	Verjährung.....	317
2.	Grundlagen der vergaberechtlichen Sanktionsbemessung	320
3.	Ermessensausübung	322
4.	Möglichkeit einer «Selbstreinigung»	326
a.	Verfahrensausschluss und «Selbstreinigung» in der EU.....	327
aa.	Überblick	327
bb.	Zweck der Selbstreinigung	328
cc.	Voraussetzungen für eine Selbstreinigung.....	331
dd.	Prüfung und Bewertung der Massnahmen	335
b.	Möglichkeit einer «Selbstreinigung» im öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz	338
aa.	Aktueller Rechtsrahmen in der Schweiz	338
bb.	Berücksichtigungspflicht.....	339
cc.	Praktische Umsetzung und mögliche Reformen	342
5.	Berücksichtigung der kartellrechtlichen Bonusregelung	343
6.	Kriterien zur Sanktionsbemessung	344
a.	Abredebezogene Bemessungskriterien	347
aa.	Auswirkungen auf den Wettbewerb	347
bb.	Eingetretener Schaden	349
cc.	Erfolg der Abrede	352
dd.	Anzahl beteiligter Anbieterinnen.....	353
ee.	Konkrete Vorgehensweise	354
ff.	Umfang der Submissionsabrede.....	355
gg.	Zeitverlauf seit dem Verstoss.....	355
hh.	Explizite Ausschreibungsvorgaben	356
ii.	Mitverschulden der öffentlichen Auftraggeberin.....	356
b.	Anbieterbezogene Bemessungskriterien.....	358
aa.	Vorsatz oder Fahrlässigkeit.....	358
bb.	Anzahl und Schwere der Organisationsmängel.....	358
cc.	Grösse und Erfahrung der Anbieterin.....	359
dd.	Rolle und Rang der Anbieterin	360
ee.	Nachtatverhalten.....	361
ff.	Wiederholte Beteiligung an Submissionsabreden	368
gg.	Tragbarkeit der Sanktion	372

IV.	Zusammenspiel der kartell- und vergaberechtlichen Verfahren	374
A.	Grundsatz <i>ne bis in idem</i>	377
1.	Tatbestandsmerkmale	378
a.	Strafrechtliche Anklagen.....	378
b.	Verdoppelung des Verfahrens.....	379
c.	Täteridentität.....	384
d.	Tatidentität	385
e.	Innerstaatliches Verhältnis	390
f.	Rechtskräftiges Urteil (res iudicata)	391
2.	Rechtsfolge.....	391
3.	Zwischenfazit	392
B.	Grundsatz der Verhältnismässigkeit	394
1.	Öffentliche Interessen.....	395
2.	Eignung	396
3.	Erforderlichkeit	397
4.	Zumutbarkeit	398
5.	Zwischenfazit	399
C.	Grundsätze im Vergleich.....	403
D.	Lösungsansätze	405
1.	Alternatives Verständnis des «bis».....	406
2.	Alternatives Verständnis des «idem»	408
3.	Grundsatz <i>ne bis in idem</i> in der EU.....	412
a.	Tatbestandselemente	412
b.	Rechtsfolge.....	417
c.	Rechtfertigung der Einschränkung des Grundsatzes <i>ne bis in idem</i>	417
d.	Potenzial einer analogen Anwendung in der Schweiz.....	425
4.	Handlungsoptionen.....	427
a.	Koordinationslösung.....	427
aa.	Ergebnisse der Lösungsanalyse.....	427
bb.	Gemeinsame Voraussetzung: Komplementäre Zielsetzungen.....	428
cc.	Bedeutung für die schweizerische Praxis.....	431
b.	Konzentrationslösung.....	436
5.	Fazit.....	436
E.	Zusammenfassung	437
V.	Schlusswort.....	440
VI.	Schlussfolgerungen	446