

# **BVGer B-5130/2019 vom 9. August 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-08-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-5130\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5130_2019)

FR: TAF B-5130/2019 du 9 août 2021

IT: TAF B-5130/2019 del 9 agosto 2021

## **Regeste**

Unzulässige Wettbewerbsabreden

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. f VGG). Die Beschwerdeführerinnen sind als Verfügungsadressatinnen zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG) und haben den eingeforderten Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeparteien bestimmen den Streitgegenstand durch ihre Anträge. Das Anfechtungsobjekt bildet die angefochtene Verfügung, die den äusseren Rahmen zur Bestimmung des Streitgegenstands absteckt. Durch die Anträge der Parteien wird innerhalb dieses Rahmens der Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren bestimmt (vgl. BGE 133 II 35 E. 2; Thomas Flückiger, in: VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 7 N. 19; Seethaler/Portmann, in: VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 52 N. 38; André Moser, in: VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 52 N. 3; je m.w.H.).

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerinnen beantragen die Aufhebung der Dispositivziffern 3.9 und 5.10 der angefochtenen Verfügung. Gemäss diesen Ziffern werden die Beschwerdeführerinnen (aufgrund der Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsabreden) mit einem Betrag von Fr. (...) belastet und ihnen werden Verfahrenskosten von Fr. 56'203.- auferlegt. Der Streitgegenstand beschränkt sich somit auf die Auferlegung der Sanktion und der Verfahrenskosten. Soweit die Verfügung unangefochten geblieben ist, ist sie den Beschwerdeführerinnen gegenüber in Rechtskraft erwachsen.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerinnen stellen mehrere Verfahrensanträge. Einerseits beantragen sie den Beizug der Vorakten. Dem ist das Gericht von Amtes wegen nachgekommen. Des Weiteren stellen sie den Antrag, ihre Geschäftsgeheimnisse seien zu wahren und Dritten gegenüber nicht offenzulegen. Eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen gegenüber Dritten fand in diesem Verfahren nicht statt. Die Beschwerdeführerinnen beantragen weiter, ihnen sei der Publikationstext im Falle einer Entscheidpublikation vorzulegen und ihnen sei

Gelegenheit zu geben, diesen auf Geschäftsgeheimnisse hin zu überprüfen. Vorliegend ist nicht ganz klar, auf was sich der Antrag der Beschwerdeführerinnen bezieht, zumal sie diesen in ihrer Beschwerde nicht begründen. Soweit sie sich auf den vorinstanzlichen Entscheid beziehen, ist die Publikation nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung und damit auch nicht Streitgegenstand. Insoweit ist auf den Verfahrensantrag nicht einzutreten. Wenn sich ihr Antrag hingegen auf den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts bezieht, ist er abzuweisen. Das vorliegende Urteil wird vor der Veröffentlichung in elektronischer Form durch das Gericht anonymisiert (vgl. Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [SR 173.320.4]). Die Beschwerdeführerinnen substantiierten nicht, aus welchem Grund sich eine vorgängige Vorlage und Überprüfung des Urteils vor der Veröffentlichung rechtfertigen würde. Ein solcher Grund ist auch nicht ersichtlich. Das Bundesverwaltungsgericht wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben (vgl. Urteil des BVer B-126/2019 vom 1. September 2020 E. 1.4).

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Diese Belastung entfällt nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Wann eine Untersuchung als eröffnet gilt und wie die Frist zu berechnen ist, liegt zwischen den Parteien im Streit.

#### **E. 4.2.1**

Die Parteien gehen übereinstimmend von folgendem Sachverhalt aus: Die Beschwerdeführerin 1 und die Schlub Tief- und Strassenbau AG waren bis Mai 2010 an unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG beteiligt. Am 30. Oktober 2012 eröffnete die Vorinstanz ein Verfahren gegen mehrere Unternehmen aufgrund allfälliger Abreden, namentlich in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie in den dazu vorgelagerten Märkten im Kanton Graubünden. Es gehe um die Koordination von Submissionen sowie die Aufteilung von Bauprojekten bzw. Kunden. Die Vorinstanz publizierte die Eröffnung des Verfahrens am 13. November 2012. Keine der Beschwerdeführerinnen und auch nicht die Schlub Tief- und Strassenbau AG wurden in der Publikation namentlich erwähnt. Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt. Die Vorinstanz informierte mit Schreiben vom 23. April 2013 die Beschwerdeführerin 2 über die Ausdehnung des Verfahrens. Sie führte im Schreiben aus, es würden Anhaltspunkte für mutmassliche Wettbewerbsabreden der Baubranche im Kanton Graubünden vorliegen, namentlich bezüglich den Märkten für Hochbau, für Strassen- und Tiefbau, Belagsarbeiten sowie den dazu vorgelagerten Märkten. Es bestehe der Verdacht, dass sich im Kanton Graubünden Vertreter verschiedener Bauunternehmen, darunter die Beschwerdeführerin 2, abgesprochen hätten, insbesondere um bei Submissionen die Eingaben bzw. Eingabesummen zu koordinieren und allenfalls Bauprojekte bzw. Kunden aufzuteilen. Mit der Untersuchung solle geprüft werden, ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 KG vorliege. Die Ausdehnung wurde am 28. Mai 2013 publiziert. Am 23. November 2015, mithin mehr als fünf Jahre nach Beendigung der wettbewerbswidrigen Abreden, dehnte die Vorinstanz das Verfahren auf

die Beschwerdeführerinnen 1 und 3 aus. In zwei separaten Schreiben und einer Zwischenverfügung, beide datiert vom 23. November 2015, teilte sie unter anderem mit, es würden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 3 im Zusammenhang mit Ausschreibungen im Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 KG beteiligt gewesen seien. Die Bekanntmachung der Ausdehnung durch amtliche Publikation sei nicht erforderlich, zumal kein neues Verfahren eröffnet werde. Die Parteien nehmen unterschiedliche Standpunkte ein, was die in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierte Frist anbelangt. Die Vorinstanz geht davon aus, dass das Verfahren am 30. Oktober 2012 für alle Beschwerdeführerinnen eröffnet worden sei. Die Beschwerdeführerinnen vertreten die Auffassung, das Verfahren sei gegenüber den Beschwerdeführerinnen 1 und 3 erst mit Schreiben vom 23. November 2015 eröffnet worden. Die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei damit abgelaufen und die Auferlegung einer Sanktion sei nicht mehr möglich. Auch könne die Eröffnung des Verfahrens gegenüber der Beschwerdeführerin 2 im April 2013 nicht zur Wahrung der Frist gegenüber der Beschwerdeführerin 1 führen, zumal die Beschwerdeführerin 2 (und die Beschwerdeführerin 3) im Zeitpunkt des Wettbewerbsverstosses noch nicht existiert habe, mithin nicht Verfügungsadressatin sein könne.

#### **E. 4.2.2**

Die Vorinstanz führt zu Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG aus, die Rechtsnorm sei tatbezogen, nicht unternehmensbezogen auszulegen. Für die Sanktionierbarkeit sei folglich keine formelle und individuelle Verfahrensbekanntmachung notwendig, sondern einzig, dass die Untersuchung betreffend die letztlich zu sanktionierende Tat rechtzeitig eröffnet worden sei. Dafür spreche der Wortlaut, der tatbezogen formuliert sei. Hätte der Gesetzgeber eine unternehmensbezogene Auslegung gewollt, hätte er beispielsweise die Formulierung "Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen" gewählt. Auch aus der italienischen und französischen Fassung des Gesetzestextes ergebe sich nichts anderes. Hinzu komme, dass die Rechtsnorm nach Sinn und Zweck eine Verwirkungsfrist statuiere, die eine Sanktionierung ermöglichen solle, sofern die Untersuchung rechtzeitig eröffnet worden sei. Sie bezwecke den Schutz des Vertrauens, dass keine Sanktionierung mehr erfolge, wenn die Wettbewerbsbehörden innerhalb der Frist untätig geblieben seien. Ein solches Vertrauen bestehe nicht, wenn die Wettbewerbsbehörden hinsichtlich eines bestimmten Verstosses das Verfahren eröffnet hätten, das Unternehmen durch die Publikation davon erfahren habe und selbst wisse, dass es an dem den Untersuchungsgegenstand bildenden Verstoß gegen das Kartellgesetz beteiligt gewesen sei. Das Vertrauen der Beschwerdeführerinnen, dass der Kartellrechtsverstoss nicht mehr rechtzeitig untersucht werde, habe spätestens bei der individuellen Bekanntmachung an die Beschwerdeführerin 2 im April 2013 nicht mehr bestanden. Folglich stehe Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG einer Sanktionierung der Verfahrensparteien, denen die Untersuchung erst im November 2015, also mehr als fünf Jahre nach dem Verstoß gegen das Kartellgesetz, bekannt gemacht worden sei, nicht entgegen.

#### **E. 4.2.3**

Die Beschwerdeführerinnen wenden dagegen ein, dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei nicht zu entnehmen, welche Wettbewerbsbeschränkung gemeint sei: das wettbewerbswidrige Verhalten des konkreten Unternehmens, gegen welches die Untersuchung eröffnet worden sei oder generell das wettbewerbswidrige Verhalten,

welches Gegenstand des Kartellverfahrens sei. Mit der Norm solle das Unternehmen geschützt werden, welches sich vor langer Zeit vom kartellrechtswidrigen Verhalten losgesagt habe. Die Frist solle das Unternehmen schützen und nicht den Wettbewerb. Zudem lasse sich die Auslegung der Vorinstanz mit den verfahrensrechtlichen Garantien von Art. 6 und 7 EMRK, Art. 30 und 32 BV und dem strafrechtlichen Schuldprinzip nicht vereinbaren. Die Vorinstanz könne weder Lehrmeinungen noch Urteile des Bundesgerichts oder des Bundesverwaltungsgerichts benennen, auf welche die angegebene Begründung abgestützt werden könnte. Es könne offenbleiben, ob es sich vorliegend um eine Verjährungs- oder eine Verwirkungsfrist handle. Massgebend sei einzig, dass die Sanktionierungsmöglichkeit entfalle, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre vom Unternehmen, welches in die Untersuchung miteinbezogen werde, nicht mehr ausgeübt worden sei. Die Einleitung der Untersuchung nach Art. 27 KG habe zwingend mit einer formellen Verfügung zu erfolgen, welche gegen jedes Unternehmen individuell zu erlassen sei und nicht mit einer generellen Bekanntmachung gemäss Art. 28 KG. Mit der Publikation werde ein völlig anderes Ziel verfolgt, nämlich, dass sich Dritte melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen möchten. Erst mit der formellen und individuellen Untersuchungseröffnung werde das Unternehmen zum ersten Mal am Verfahren beteiligt und erhalte Parteistellung. Massgebend sei demnach nicht die Publikation der Untersuchungseröffnung im SHAB, sondern das Eröffnungsschreiben gemäss Art. 27 KG, welches den beteiligten Unternehmen individuell mitgeteilt werde. Das Verfahren gegen die Beschwerdeführerin 1 und die Beschwerdeführerin 3 sei erst im November 2015 formell eröffnet worden, weshalb die Sanktionsmöglichkeit entfalle. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin 3 ihren Betrieb erst im Jahr 2012 aufgenommen, weshalb sie in dem für das vorliegende Verfahren massgebenden Zeitraum gar nicht gegen Kartellrecht habe verstossen können. Eine Verfahrenseröffnung gegen eine Konzerntochter führe nicht zu einer Verfahrenseröffnung gegen weitere zum Konzern gehörende Gesellschaften. Das Verfahren müsse gegenüber jeder Konzerngesellschaft individuell eröffnet werden. Auch die Beschwerdeführerin 2 habe im massgebenden Zeitpunkt noch nicht existiert, weshalb es unmöglich sei, dass sie sich kartellrechtswidrig verhalten habe. Die im April 2013 erfolgte Eröffnung des Verfahrens gegen die Beschwerdeführerin 2 führe deshalb nicht zur Wahrung der Frist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG. Folglich sei die Belastung gegen alle drei Beschwerdeführerinnen aufzuheben.

### **E. 4.3**

Die Rechtsprechung hat die Rechtsfrage, wie die Frist zu berechnen ist, bislang nicht ausdrücklich beantwortet. Das Bundesverwaltungsgericht hält im Urteil B-771/2012 vom 25. Juni 2018 fest, Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei eine spezialgesetzliche Regelung zur zeitlichen Dimension der Sanktionierung kartellrechtlicher Tatbestände. Als *lex specialis* gehe sie den Fristenregelungen des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) und des Strafgesetzbuchs vom 21. März 1937 (StGB, SR 311.0) vor. Als Eröffnungszeitpunkt nimmt das Urteil im dort zu beurteilenden Fall den 8. Juni 2009 an. Dabei handelt es sich um das Datum, an dem das Sekretariat das Verfahren im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums nach Art. 27 KG eröffnet hatte (Urteil B-771/2012 Cellere E. 9.2.4). Anders als im hier zu beurteilenden Fall fielen dort der Zeitpunkt der "tatbezogenen Eröffnung" und der "unternehmensbezogenen Eröffnung" nicht auseinander. In einem weiteren Urteil hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass sich aus der Botschaft und dem Gesetzgebungsverfahren keine näheren Hinweise

auf den Rechtscharakter und die inhaltliche Ausgestaltung der Vorschrift ergeben würden (Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC Rz. 1671 [noch nicht rechtskräftig]). Soweit ersichtlich nimmt die Lehre zur vorliegenden Frage nicht ausdrücklich Stellung (vgl. Felix Uhlmann, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 49a Abs. 3 N. 30 ff.; Jürg Borer, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 49a N. 31; Tagmann/Zirlick, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 49a N. 239 ff.; Peter Reinert, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, Art. 49a N. 36 f.; Trüb/Zurkinden, Das neue Kartellgesetz, 2004, Art. 49a N. 11 ff.; Roth/Bovet, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a N. 1 ff.; Philippe Spitz, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, 553 ff., 564). Die Rechtsfrage zur Frist und zur Fristberechnung ist deshalb nachfolgend durch Auslegung zu beantworten (E. 5).

### **E. 5.1**

Als Ausgangspunkt jeder Auslegung gilt der Wortlaut des Gesetzes. Das Gesetz ist so auszulegen, wie der Wortlaut nach allgemeiner Sprach- und Rechtsauffassung verstanden wird (grammatikalische Auslegung). Von einem klaren Wortlaut darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung), dem Normzweck (teleologische Auslegung) oder aus dem Zusammenhang mit anderen Normen (systematische Auslegung) ergeben (BGE 131 II 217 E. 2.3).

#### **E. 5.2.1**

Der Wortlaut des Gesetzes macht die Sanktion nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG von der Einhaltung einer Fünfjahresfrist abhängig. Als Anknüpfungszeitpunkt gilt in allen drei Amtssprachen - Deutsch ("Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist"), Französisch ("Aucune sanction n'est prise si la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête"), und Italienisch ("Non vi è sanzione se la limitazione della concorrenza ha cessato di esplicare i suoi effetti da oltre cinque anni prima dell'apertura dell'inchiesta") - der Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung. Insoweit ist der Wortlaut klar.

#### **E. 5.2.2**

Der Wortlaut stellt auf die Untersuchungseröffnung, nicht auf deren Publikation ab. Das Publikationsdatum fällt als Anknüpfungszeitpunkt für die Frist ausser Betracht. Wie aus Art. 28 Abs. 1 KG hervorgeht, findet die Publikation erst nach Eröffnung der Untersuchung statt. Sie hat lediglich deklaratorische Wirkung und sie hindert Untersuchungshandlungen nicht (Art. 28 Abs. 3 KG; Izumi/Baur, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 28 N. 18; Zirlick/Tagmann, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 28 N. 29). Allenfalls kann es beispielsweise aus Geheimhaltungsinteressen sogar angebracht sein, auf die Publikation vorerst zu verzichten (Zirlick/Tagmann, a.a.O., Art. 28 N. 30 m.w.H.; Borer, a.a.O., Art. 29 N. 5). Die Publikation im Sinne von Art. 28 KG dient einerseits dem Schutz anderer Wirtschaftsteilnehmer (z.B. geschädigte Unternehmen, Konkurrenten oder Konsumenten).

Diese sollen die Möglichkeit haben sich im Sinne von Art. 43 KG an der Untersuchung zu beteiligen. Andererseits dient Art. 28 KG der Informationsbeschaffung der Wettbewerbsbehörden. Das Sekretariat ist darauf angewiesen, Informationen über das Marktverhalten der betroffenen Unternehmen von den übrigen Marktteilnehmern zu erhalten (Izumi/Baur, a.a.O., Art. 28 N. 2; Borer, a.a.O., Art. 28 N. 2; Zirlick/Tagmann, a.a.O., Art. 28 N. 2 ff.). Mit anderen Worten bezweckt die Norm nicht den Schutz zukünftiger Untersuchungsadressaten. Ausserdem wurde in der Publikation ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden könnte.

### **E. 5.2.3**

Der Gesetzgeber verwendet sowohl in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG als auch in Art. 27 Abs. 1 KG denselben Wortlaut ("Eröffnung der Untersuchung"). Dies legt den Schluss nahe, dass er sich in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG auf die Eröffnung der Untersuchung nach Art. 27 Abs. 1 KG bezieht. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, was darunter zu verstehen ist. Danach eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen (1. Satz). Eine Untersuchung wird in jedem Fall eröffnet, wenn das Sekretariat von der Wettbewerbskommission oder dem WBF (Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung) damit beauftragt wird (2. Satz). Der Zeitpunkt der Eröffnung einer Untersuchung ergibt sich somit klar aus Art. 27 KG. Ordentlich ist dies der Zeitpunkt, in dem die Zustimmung des Präsidiumsmitglieds der Wettbewerbskommission zur Untersuchungseröffnung durch das Sekretariat erfolgt, womit der Zeitpunkt vorliegend auf den 30. Oktober 2012 fällt. Nach Eröffnung der Untersuchung wird sie den Unternehmen, gegen die sich die Untersuchung richtet, angezeigt. Die Anzeige erfolgt durch ein Schreiben, bei dem es sich lediglich um ein einfaches Verwaltungsschreiben handelt (Izumi/Baur, a.a.O., Art. 27 N. 33; vgl. auch Zirlick/Tagmann, a.a.O., Art. 27 N. 85). Dass einem Unternehmen die Eröffnung der Untersuchung, wie vorliegend, erst viel später angezeigt wird, lässt sich nicht verhindern, zumal im Untersuchungsverfahren der Kreis der an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung mutmasslich beteiligten Unternehmen erweitert werden kann. So liegt es in der Natur eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens, dass dieses auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden kann.

### **E. 5.2.4**

Aus dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG geht zudem hervor, dass an die Wettbewerbsbeschränkung, also an die Tat, angeknüpft wird. Auch dies deutet darauf hin, dass die Gesetzesbestimmung tatbezogen und nicht unternehmensbezogen auszulegen ist. Wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung zutreffend ausführt, hätte der Gesetzgeber sonst eher die Formulierung "Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen" gewählt. Die französisch- und italienischsprachige Fassung stimmen diesbezüglich mit der deutschsprachigen überein.

### **E. 5.2.5**

Als Zwischenstand ist festzuhalten, dass der Anknüpfungspunkt für die Eröffnung der Untersuchung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 KG klar umschrieben ist. Die Eröffnung ist kein formell-rechtlicher Verfahrensschritt, der gegenüber den einzelnen Unternehmen individuell zu erfolgen hätte. Hingegen ist, wie bereits erwähnt, den involvierten Unternehmen anzuzeigen, wenn sie individuell Teil einer

eröffneten Untersuchung werden (vgl. oben E. 5.2.3). Die Anzeige kann auch erst nach Ausdehnung einer Untersuchung erfolgen, wie das im vorliegenden Fall geschehen ist. Die Frist auf den Zeitpunkt des einfachen Verwaltungsschreibens auszurichten, macht im Lichte der zeitlichen Anknüpfung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG wenig Sinn.

### **E. 5.3**

Entstehungsgeschichtlich geht die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in der heutigen Fassung auf die Revision des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 zurück und ist seit 1. April 2004 in Kraft. Hauptziel der Revision war die Einführung direkter Sanktionen bei besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstößen. Weder aus der Botschaft (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022) noch aus den Ratsprotokollen (AB 2002 N 1290; AB 2003 S 318) ergeben sich Hinweise darauf, dass mit der Eröffnung der Untersuchung etwas anderes gemeint sein könnte. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG wurde in den Räten zusammen mit Art. 49a Abs. 2 KG, der sogenannten Bonusregelung, abgehandelt und nicht weiter thematisiert (AB 2002 N 1454; AB 2003 S 333). Aus dem historischen Auslegungselement ergibt sich nichts, was eine Auslegung in Abweichung des Wortlautes rechtfertigen könnte.

### **E. 5.4**

Systematisch steht die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG im 6. Abschnitt: "Verwaltungsanktionen". Die Bestimmungen zu den Verwaltungsanktionen bilden innerhalb des 4. Kapitels "Verwaltungsrechtliches Verfahren" einen eigenen Abschnitt. Es handelt sich somit nicht primär um eine Bestimmung des Verfahrensrechts im weiten Sinn, sondern um eine Sanktionsbestimmung. Unter sanktionsrechtlichen Aspekten regelt sie den Anknüpfungspunkt für die Fünfjahresfrist, die eingehalten sein muss, damit eine Sanktion greifen kann. Während Absatz 1 festhält, wer mit welchem Betrag belastet wird, schreibt Absatz 2 vor, wann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden kann (sog. Bonusregelung). Absatz 3 hält fest, in welchen Fällen die Belastung entfällt, wobei die Bestimmung b eine von drei Varianten ist. Auch auf das systematische Auslegungselement lässt sich keine abweichende Auslegung stützen.

### **E. 5.5**

Teleologisch beschränkt die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG den Anspruch des Staates auf eine Verwaltungsanktion. Wird die Wettbewerbsbeschränkung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt, entfällt der Sanktionsanspruch und die Belastung. Damit soll Rechtssicherheit und Rechtsfrieden geschaffen werden (vgl. Urteil des BVGer A-3064/2016 vom 5. Februar 2018 E. 5.4.1.1 m.w.H.; Attilio R. Gadola, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, AJP 1995, S. 47 ff., S. 48). Die Rechtsnatur der Frist ist im Schrifttum umstritten (vgl. hierzu Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 703 m.w.H.; vgl. auch BGE 140 II 384 E. 4, in welchem das BGer von Verjährung spricht). Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG soll einen zeitlichen Rahmen festlegen, innert dem die Wettbewerbsbehörden Verwaltungsanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG auferlegen können. Die Eröffnung der Untersuchung erfolgt nicht mittels Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Entsprechend wird kein individuell-konkretes Rechtsverhältnis begründet, geändert oder aufgehoben (BGE 135 II 60 Maestro Interchange Fee E. 3.1.2 f.; Urteil des BVGer B-4720/2019 vom 14. Juli 2020 E. 2.3; Zirlick/Tagmann, a.a.O., Art. 27 N. 72 m.w.H.; Izumi/Baur, a.a.O., Art. 27 N. 30). Wie bereits ausgeführt, eröffnet das Sekretariat die Untersuchung mit der Zustimmung der Vorinstanz (vgl. oben E. 5.2.3).

Diese ist mit Beschwerde nicht anfechtbar (Zirlick/Tagmann, a.a.O., Art. 27 N. 73; Borer, a.a.O., Art. 27 N. 7; Izumi/ Baur, a.a.O., Art. 27 N. 31). Die Untersuchung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG und Art. 27 KG wird auch bei mehreren involvierten Unternehmen nur einmal eröffnet und bezieht sich auf eine bestimmte Wettbewerbsbeschränkung. Auch aus Praktikabilitätsgründen und aus Überlegungen der Rechtsgleichheit erscheint es sachgerecht, dass der Zeitpunkt gegenüber allen Unternehmen, die der Wettbewerbsbeschränkung verdächtigt werden, einheitlich bestimmt wird, auch wenn das Verfahren auf einige erst später ausgedehnt wird.

### **E. 5.6**

Die Beschwerdeführerinnen machen schliesslich geltend, bei den Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a KG handle es sich um echte Strafen, weshalb die verfahrensrechtlichen Garantien (Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 und 32 BV) und das strafrechtliche Schuldprinzip anwendbar seien. Die vorinstanzliche Auslegung lasse sich mit diesen Garantien und den strafrechtlichen Grundsätzen nicht vereinen. Inwiefern dies in Bezug auf Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG der Fall sein soll, substantiieren sie nicht weiter. Dies ist auch nicht ersichtlich. Zwar trifft zu, dass die kartellrechtlichen Sanktionen nach Art. 49a KG einen strafrechtsähnlichen Charakter haben und die genannten Garantien im Kartellrechtsverfahren insofern anwendbar sind (BGE 139 I 72 Publigruppe E. 2); die Garantien sagen aber nichts über die Frist aus, die ausschliesslich durch das schweizerische Kartellrecht geregelt wird. Die Rechtsnatur der Sanktion hat daher keinen Einfluss auf die Frage der Fristwahrung.

### **E. 5.7**

Zusammenfassend ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 KG, dass der massgebliche Zeitpunkt für die Anknüpfung der Frist die Eröffnung einer Untersuchung ist. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist insoweit tatbezogen auszulegen. Triftige Gründe für eine abweichende Handhabung der Rechtsnorm ergeben sich auch aus den weiteren Auslegungselementen nicht. Vorliegend ist deshalb für die Berechnung der Frist der 30. Oktober 2012, entsprechend der Eröffnung des Sekretariats im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums, massgebend. Unbestritten ist, dass die Wettbewerbsbeschränkung bis Ende Mai 2010 gedauert hat. Die Vorinstanz hat die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG somit gewahrt.

### **E. 6.1**

Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Die Kapitelüberschrift stellt klar, dass die Belastung eine verwaltungsrechtliche Sanktion ist ("Verwaltungssanktion"). Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung die Beschwerdeführerinnen 1-3 unter solidarischer Haftung sanktioniert (Dispositiv-Ziff. 3). Diese bringen vor, für die vorgeworfene Handlung könne nur die Beschwerdeführerin 1 verantwortlich gemacht werden. Einzig diese sei als Sanktionsadressatin heranzuziehen.

#### **E. 6.2.1**

Die Solidarhaftung der Beschwerdeführerinnen stützt die Vorinstanz auf den folgenden Sachverhalt: Die Schlub AG mit Sitz in Chur wurde 1964 gegründet. Die Schlub Tief- und Strassenbau AG mit Sitz in Poschiavo wurde 1990 ins Handelsregister eingetragen. Die Gesellschaften waren beide operativ tätig. Sie standen im Familienbesitz. 2010 kam es zu

einem Generationswechsel. Die Gesellschaften wurden im Rahmen einer Umstrukturierung 2011/2012 neu organisiert unter dem Dach der Schlub AG (Beschwerdeführerin 1). Im Dezember 2011 wurden für die operative Tätigkeit die Tochtergesellschaften Schlub AG Nordbünden mit Sitz in Chur (Beschwerdeführerin 2) und Schlub AG Südbünden mit Sitz in Poschiavo (Beschwerdeführerin 3) gegründet. Im Mai 2012 fanden zwei Vermögensübertragungen und eine Fusion statt. Der Betriebsteil der Schlub AG wurde auf die Schlub AG Nordbünden, der Betriebsteil der Schlub Tief- und Strassenbau AG auf die Schlub AG Südbünden übertragen. Die Schlub Tief- und Strassenbau AG wurde sogleich durch Fusion mit der Schlub AG aufgelöst und im Handelsregister gelöscht. Die Schlub AG änderte ihren Zweck. Sie fungiert neu als Holdinggesellschaft, hält 100 Prozent der Aktien der Schlub AG Nordbünden und der Schlub AG Südbünden und ist seither nicht mehr operativ tätig. Der Sachverhalt der Umstrukturierung ergibt sich aus den Akten (angefochtene Verfügung N. 22 f.; Vorakten 22-0433: act. I.421; Handelsregisterauszüge der Gesellschaften). Er ist unter den Parteien unbestritten. Streitig ist die Rechtsfrage, wer als Sanktionsadressat in Frage kommt.

### **E. 6.2.2**

Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, ein Wettbewerbsverstoss sei nicht nur bei eigentlicher Rechtsnachfolge der neuen Unternehmensträgerin zuzurechnen, sondern auch in Fällen, in denen ein bestehendes Unternehmen bloss wirtschaftlich betrachtet unter neuer Trägerschaft fortgeführt werde, etwa im Rahmen eines Asset Deals oder bei unternehmensinternen Umstrukturierungen. Bestehe das Unternehmen noch, welches gegen Wettbewerbsrecht verstossen habe, könnten einerseits diejenigen Gesellschaften, welche im Zeitraum des Verstosses unternehmenstragende Gesellschaften waren, und andererseits auch die Gesellschaften, welche später Trägerinnen des fortbestehenden Unternehmens sind oder waren, sanktioniert werden. Wäre es anders, würde der Zweck der Sanktionierung unterlaufen und es sei zu befürchten, dass die Sanktion eines Unternehmens nicht bezahlt werde. Ein Konzern könnte so der kartellrechtlichen Beurteilung für ein wettbewerbswidriges Verhalten entgehen, indem die fehlbare Konzerngesellschaft mittels gruppeninterner Absorptionsfusion zum Verschwinden gebracht werde. Diese Praxis verstosse auch nicht gegen das Schuldprinzip. Eine Verletzung des Schuldprinzips sei insbesondere ausgeschlossen, wenn das schuldige Unternehmen bei Unternehmenskontinuität fortbestehe. Es werde auf dem Weg der Zurechnung seines Verhaltens an die neue Unternehmensträgerin dementsprechend gebüsst. Eine Zurechnung mit Blick auf die Unternehmenskontinuität sei auch mit der EU-Praxis und dem EU-Recht vereinbar und auch konform mit dem Urteil im Fall SIX/DCC (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018). Bei der Umstrukturierung innerhalb der Schlub-Gruppe handle es sich um eine unternehmensinterne Umstrukturierung, im Rahmen derer Aktiven und Passiven zwischen zum selben Konzern gehörenden Gesellschaften verschoben worden seien. Die drei Beschwerdeführerinnen könnten daher für das Verhalten des Strassenbauunternehmens Schlub sanktioniert werden, da sie Trägerinnen des fortbestehenden Strassenbauunternehmens Schlub seien.

### **E. 6.2.3**

Die Beschwerdeführerinnen vertreten die Auffassung, die Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 verletze Bundesrecht, da ihnen das wettbewerbswidrige Verhalten nicht zugerechnet werden könne. Sie bringen vor, die von der Vorinstanz vertretene Meinung, dass in einem Fall, in dem dasjenige Unternehmen, welches gegen das

Kartellrecht verstossen habe, noch bestehe, sowohl dieses als auch die spätere Trägerin des fortbestehenden Unternehmens sanktioniert werden könnten, stehe im Widerspruch zur herrschenden Lehre. Nach gefestigter Lehre sei ein verantwortliches Unternehmen solange haftbar, als es als juristische Person existiere. Dies habe auch der langjährigen Praxis der Vorinstanz entsprochen. Eine nachvollziehbare Begründung für die Praxisänderung fehle. Die vorgeworfenen Verstösse gegen das Kartellrecht seien einzig der Beschwerdeführerin 1 anzurechnen. Der Umstand, dass Teile des Betriebs an die Beschwerdeführerin 2 übergegangen seien, führe nicht dazu, dass diese solidarisch haftbar gemacht werden könne. Dies umso mehr, als sie noch nicht existiert habe, als die Beschwerdeführerin 1 die vorgeworfenen Handlungen begangen habe. Aus den gleichen Überlegungen könne die Beschwerdeführerin 3 nicht für das kartellrechtswidrige Verhalten der Schlub Tief- und Strassenbau AG herangezogen werden. Letztere sei auf dem Wege der Fusion im Jahr 2012 von der Beschwerdeführerin 1 übernommen worden. Damit habe sich die Beschwerdeführerin 1 für die vorgeworfenen Kartellrechtsverstösse der Schlub Tief- und Strassenbau AG zu verantworten. Auch aus einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne) gehe hervor, dass eine Gesellschaft, welche ein gegen das Kartellrecht verstossendes Unternehmen erst nach dem Ende des Kartellrechtsverstosses übernehme, nicht zur Zahlung einer Sanktion herangezogen werden könne. Die Überlegungen der Vorinstanz zur Unternehmenskontinuität seien nicht nachvollziehbar. Sie begründe nicht, weshalb sie von der bisherigen Praxis, wonach ein verantwortliches Unternehmen haftbar bleibe, solange es als juristische Person existiere, abweiche. Weshalb daneben auch noch zusätzliche Gesellschaften, die später Trägerinnen der fortbestehenden Unternehmen wurden, haftbar sein sollten, lasse sich nicht sachlich begründen. Auch der Hinweis auf das Urteil SIX/DCC (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018) sei falsch. Das Urteil habe ein völlig anderes Thema zum Gegenstand, nämlich strukturauflösende externe Transaktionen. Aus diesem Urteil gehe vielmehr hervor, dass eine verschuldensunabhängige Verantwortung des jeweiligen Wirtschaftsteilnehmers ausgeschlossen sei. Das Verhalten der Beschwerdeführerin 1 könne den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 nicht vorgeworfen werden, zumal die Beschwerdeführerin 1 nach wie vor bestehe. Die vorinstanzliche Sanktionierung führe zu einer völlig verschuldensunabhängigen Verantwortung und widerspreche dem Schuldprinzip.

#### **E. 6.2.4**

Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf eine gefestigte Lehre, zitieren für ihren Standpunkt aber einen einzigen Autor (Damian K. Graf, Zurechnung von Unternehmensbussen, GesKR 2015, S. 356 ff., 364). Die Lehre spricht sich über die Haftungsnachfolge jedenfalls nicht einheitlich aus, soweit sie die Konstellationen überhaupt systematisch darstellt (vgl. Linda Kubli, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, insbes. S. 30 ff. zum europäischen Wettbewerbsrecht und S. 126 ff. zum schweizerischen Wettbewerbsrecht; Anna-Antonia Skoczylas, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, 2011, insbes. S. 45-142; Ralf Michael Straub, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Grolimund/Koller/Loacker/Portmann [Hrsg.], Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, S. 1295 ff.; Richard Stäuber, Kartellrechtliche Konzernhaftung und ihre Bedeutung für Unternehmenstransaktionen, GesKR 2020 S. 89 ff., insbes. S. 94 ff.; Andreas Heinemann, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung, Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus

kartellrechtlicher Sicht, 2015, S. 49 ff.; Christian Heinichen, Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge im Europäischen Kartellrecht, 2011, mit einer Systematik zur Haftungsnachfolge im Teil 2, S. 163-364). Auch insoweit, als die Beschwerdeführerinnen eine Praxisänderung der Vorinstanz vorbringen, ist darauf nicht weiter einzugehen. Abgesehen davon, dass von einer einheitlichen langjährigen Praxis der Vorinstanz zur zurechenbaren Haftungsnachfolge keine Rede sein kann (vgl. Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, veröffentlicht in RPW 2012/2 S. 270, Rz. 904, in welcher die Vorinstanz selbst von einer uneinheitlichen Praxis spricht), ist eine Amtspraxis nicht verbindlich für das Bundesverwaltungsgericht.

### **E. 6.2.5**

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bereits mehrfach zum Thema der Haftung innerhalb eines Konzerns geäußert. Die Rechtsprechung stellt darauf ab, ob die Auswahl der Verfügungs- respektive Sanktionsadressaten durch die Vorinstanz als sachlich angemessen respektive sachgerecht qualifiziert werden kann (Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 11.4.3; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 76; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC Rz. 122, 152). Das Gericht verlangt für die Solidarhaftung eine subjektive und objektive Vorwerfbarkeit, damit der Kartellrechtsverstoss konzernintern einer Gesellschaft zugerechnet werden kann (Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 11.4.4 m.w.H.). Ein jüngerer Entscheid stellt die Umstrukturierungen der Konzerngesellschaften unter dem Aspekt des personalen Geltungsbereichs dar (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC Rz. 56 ff.). Ausgehend vom kartellrechtlichen Unternehmensbegriff und der Umstrukturierung von Unternehmensträgern (E. 7) und der Unternehmensnachfolge, die eine zurechenbare Haftungsnachfolge begründen kann (E. 8), ist nachfolgend die solidarische Haftung (E. 9) und die Höhe der Sanktion (E. 10) zu prüfen.

### **E. 7.1**

Die Verwaltungssanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG setzt "ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede beteiligt ist" (frz. "entreprise qui participe à un accord illicite"; ital. "impresa che partecipa a un accordo illecito") voraus. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Dabei gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, als Unternehmen (Art. 2 Abs. 1bis KG). Massgebliches Kartellrechtssubjekt ist demnach das "Unternehmen" (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 35 m.w.H.; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 26 f. m.w.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 3 m.w.H.). Der Träger des Unternehmens im Kartellrechtsverfahren ist Partei. Als Parteien gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG). Personen im Sinne des ersten Satzteils sind primäre (materielle) Verfügungsadressaten. Andere Personen im Sinne des zweiten Satzteils sind sekundäre (formelle) Verfügungsadressaten, soweit sie die Verfügung zugestellt erhalten, ohne selbst von der Regelung der Verfügung

unmittelbar betroffen zu sein. Materielle Verfügungsadressaten sind die durch das Verfügungsdispositiv verpflichteten Personen (Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 Publigruppe E. 4.5). Verfügungsadressat und Sanktionssubjekt kann nur sein, wer selbst Subjekt mit Rechtspersönlichkeit und somit Träger von Rechten und Pflichten sein kann (Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 11.4.1; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 67 f.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC Rz. 119 f.).

### **E. 7.2**

Ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG ist eine wirtschaftliche Einheit. Ein Rechtssubjekt trägt das Unternehmen, wozu auch das Vermögen des Unternehmens gehört. Der juristisch-wirtschaftliche Vermögensbegriff definiert das Vermögen als Summe der geldwerten Güter eines Rechtssubjektes (vgl. Urteil des BGer 6B\_824/2011 vom 17. August 2012 E. 4.2 m.w.H.; Trechsel/Cramer, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 146 N. 20; Jean-Paul Thommen, Lexikon der Betriebswirtschaft, 4. Aufl. 2008, S. 684). Der Unternehmensbegriff des Kartellrechts setzt indessen "Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen" voraus, die selbständig am "Wirtschaftsprozess" teilnehmen, indem sie an einem Markt Güter oder Dienstleistungen anbieten oder nachfragen. Angeknüpft wird also nicht am Vermögen, das in der kaufmännischen Buchhaltung geführt und bewertet wird, sondern am Unternehmen. Ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn ist wie im Handelsrecht ein (nach kaufmännischer Art geführtes) Gewerbe (vgl. Art. 934 Abs. 1 OR). Die auf Erwerb gerichtete Tätigkeit kommt hinzu (vgl. Art. 2 lit. b HRegV). Die Tätigkeit, die unternehmerische Entscheidungen voraussetzt, wird ausgeübt durch den Träger des Unternehmens oder die Organe des Unternehmensträgers, wenn es sich um eine juristische Person handelt. Die planmässige Teilnahme am Wirtschaftsprozess im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG verlangt daher regelmässig ein Vermögen und ein Verhalten, woraus sich die wirtschaftliche Einheit des Unternehmens ergibt. Diese Einheit ist der Anknüpfungspunkt unter Kartellgesetz (vgl. Heizmann/Mayer, in: Zäch et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 2 N. 13 ff.; Jens Lehne, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 2 N. 9 ff.; Krauskopf/Henkel, Art. 2 Abs. 1bis KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, sic! 2006, 740, 744 f.; Philipp Candrea, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, 2007, Rz. 141 ff.; Straub, a.a.O., S. 1270 f.).

### **E. 7.3**

Das Unternehmen wird oft von einer oder mehreren Kapitalgesellschaften getragen. Bei mehreren Trägern liegt ein Konzern vor. Als Konzern gilt die Zusammenfassung von mehreren Gesellschaften zu einer wirtschaftlichen Einheit (vgl. zur Konzerndefinition Art. 663e Abs. 1 aOR [in der bis zum 31. Dezember 2012 gültigen Fassung]). Auf die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaften kommt es nicht an, wohl aber darauf, ob sie wirtschaftlich selbständig sind. Rechtsprechung und Lehre gehen davon aus, dass der Gesetzgeber mit Einführung des Unternehmensbegriffs an der wirtschaftlichen Selbständigkeit festhalten wollte. Die wirtschaftliche Selbständigkeit gilt deshalb als konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG (Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 Publigruppe E. 4.1; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 3.1.1; Heizmann/Mayer, a.a.O., Art. 2 N. 7, 30, 31 f.; Jürg Borer, a.a.O., Art. 2 N. 3 und 11; Martenet/Killias, in: Martenet/Bovet/Tercier

[Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 2 N. 28 ff. m.w.H.; Lehne, a.a.O., Art. 2 N. 14 ff.). Solange die Gesellschaften wirtschaftlich selbständig bleiben und freie unternehmerische Entscheidungen treffen, bilden sie je ein Unternehmen. Sind sie wirtschaftlich unselbständig, gehören sie zu einem Konzern (vgl. zum Konzern: Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 39 ff. m.w.H.; Straub, a.a.O., S. 1269 ff., 1274 ff.; Kubli, a.a.O., S. 138 ff.). Der Konzern als Ganzes stellt ein Unternehmen dar und fungiert als Kartellrechtssubjekt. Während im Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht das sogenannte Kontrollprinzip gilt (vgl. zur Konzernrechnung Art. 963 OR, in Kraft seit 1. Januar 2013), folgt das Kartellrecht einer wirtschaftlich-funktionalen Betrachtungsweise (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 37).

#### **E. 7.4**

Das Unternehmen kann sich im Verlauf eines Kartellverfahrens ändern. Die Änderung betrifft das Vermögen eines Unternehmensträgers, die Unternehmensträger-Struktur oder die strukturelle Verbindung mehrerer Unternehmen. Die Vermögensänderung hat eine kaufrechtliche Grundlage, wenn eine Gesellschaft Vermögen veräussert oder erwirbt, sei es, dass Vermögenswerte ("Asset Deal") oder Gesellschaftsanteile ("Share Deal") den Gegenstand des Kaufvertrags bilden (zum Unterschied von "Asset Deal" und "Share Deal" vgl. statt vieler Urs Schenker, Unternehmenskauf, 2016, S. 19 ff.). Der Erwerb einzelner Vermögenswerte ist noch kein Unternehmenskauf (dazu oben E. 7.2). Ein Unternehmenskauf mit Vermögensübertragung im eigentlichen Sinn setzt jedenfalls voraus, dass Aktiven und Passiven den Kaufgegenstand bilden. Die Änderung der Unternehmensträger-Struktur hat eine Grundlage im Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz [FusG, SR 221.301]). Durch Fusion wird der Unternehmensträger der übertragenden Gesellschaft aufgelöst (Art. 9 FusG). Gleiches gilt bei der Aufspaltung (Art. 29 Bst. a FusG), während bei der Abspaltung der Unternehmensträger bestehen bleibt, da er nur ein Teil des Vermögens überträgt (Art. 29 Bst. b FusG). Durch Umwandlung ändert sich das Unternehmen nicht, sondern nur die Rechtsform (Art. 53 FusG). Durch Vermögensübertragung überträgt eine Gesellschaft das Vermögen oder Teile des Vermögens mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger (Art. 69 FusG). Die Vermögensübertragung wird durch totale oder partielle Universalsukzession vollzogen (vgl. Art. 73 Abs. 1 FusG). Da Unternehmen oder Unternehmensteile damit übertragen werden können, bleibt die Bestimmung über den Unternehmenszusammenschluss nach Art. 34 KG ausdrücklich vorbehalten (Art. 73 Abs. 2 FusG). Die Übertragung kommt in verschiedenen Konstellationen vor. Die Rechtsträger, die daran beteiligt sind, können erstens zum Zeitpunkt der Vermögensübertragung je für sich ein selbständiges Unternehmen führen (z.B. Übertragung nach Asset Deal). Die Rechtsträger können zweitens im Zuge der Umstrukturierung erstmals eine strukturelle Verbindung von Gesellschaften zu einem Unternehmen eingehen (z.B. Übertragung auf eine neu gegründete Tochtergesellschaft). Die Rechtsträger können drittens schon vor der Umstrukturierung ein und demselben Unternehmen angehören, wenn sie als Konzern verbunden sind (z.B. Übertragung auf eine schon bestehende Tochtergesellschaft). Wenn ein Konzern bereits besteht, beruht die Umstrukturierung auf einer konzerninternen Transaktion.

#### **E. 7.5.1**

Nach Umstrukturierung eines Konzerns fragt sich unter Kartellrecht, an welche Gesellschaften innerhalb des Konzerns (als Unternehmesteile) mit Subjektstellung (als Unternehmensträger) die Sanktion zu adressieren ist und insofern als Rechtssubjekt eingeschlossen werden kann. Die Frage stellt sich für Normadressaten im Rahmen des personalen Geltungsbereichs des Kartellgesetzes, für Verfügungsadressaten, aber auch für Sanktionsadressaten in ähnlicher Weise. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Konstellationen der Umstrukturierung eines bestehenden Konzerns kürzlich aufgezeigt und dabei zwischen konzerninternen und konzernexternen Transaktionen unterschieden (Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 56 ff., N. 125 ff.). Die Unterscheidung ist auch im europäischen Kartellrecht bekannt (vgl. Entscheidung der Kommission vom 29. November 2006 betreffend ein Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen, Sache COMP/F/38.638 - Butadien-Kautschuk und Emulsionsstyrol-Butadienkautschuk, Tz. 338; Entscheidung der Kommission vom 1. Oktober 2008 betreffend ein Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen, Sache COMP/39181 - Kerzenwachse, Tz. 337; Heinichen, a.a.O., S. 309).

### **E. 7.5.2**

Interne Transaktionen erfolgen ohne Drittbeteiligung. Es handelt sich um Umstrukturierungen, bei denen ausschliesslich Gruppengesellschaften des Konzerns beteiligt sind, weshalb grundsätzlich auch kein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 9 KG vorliegt. Interne Transaktionen führen zu keiner Veränderung des Kartellrechtssubjekts "Konzern" (Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 61).

### **E. 7.5.3**

Externe Transaktionen erfolgen mit Drittbeteiligung, wobei die strukturelle Verbindung von Konzernobergesellschaft und Gruppengesellschaften bleibt (Strukturerhaltung) oder aufgelöst wird (Strukturauflösung). Strukturerhaltende externe Transaktionen sind Umstrukturierungen, die zu einer Erweiterung der Unternehmensgruppe durch bisher externe Unternehmen oder eine andere Unternehmensgruppe führen. Die Konzernobergesellschaft und die fehlbare Konzerngesellschaft gehören auch nach der Umstrukturierung immer noch der gleichen Unternehmensgruppe an. Das Kartellrechtssubjekt "Konzern" bleibt also auch hier unverändert bestehen (Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 62). Strukturauflösende externen Transaktionen sind Umstrukturierungen, bei denen die strukturelle Verbindung zwischen Konzernobergesellschaft und der fehlbaren Gesellschaft aufgelöst wird. Deshalb ist im Rahmen des personalen Geltungsbereichs für die Zeit bis zum Wechsel der Unternehmensgruppe derjenige Konzern heranzuziehen, dem die fehlbare Konzerngesellschaft angehörte. Ab dem Zeitpunkt des Wechsels der Unternehmensgruppe ist dagegen derjenige Konzern heranzuziehen, in dessen Unternehmensverbund die fehlbare Konzerngesellschaft nunmehr integriert ist (Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 63).

### **E. 8.1.1**

Nach Auffassung der Vorinstanz reicht eine Unternehmenskontinuität in jedem Fall, um wahlweise Unternehmensträger in die Sanktion einzuschliessen. Sie hält dafür, dass eine wirtschaftliche Kontinuität genügt. Wenn ein Unternehmen wirtschaftlich unter einer neuen

Trägerschaft - wie bei Asset Deals oder Umstrukturierungen - fortgeführt werde, so könne jede der Gesellschaften in die Sanktion eingeschlossen werden. Der Sanktionseinschluss ergebe sich auf dem Weg der Zurechnung (vgl. oben E. 6.2.2).

### **E. 8.1.2**

Die Vorinstanz stützt sich auf unter EU-Recht ergangene Entscheide. Das Europäische Kartellrecht hat Regeln entwickelt, nach denen Transaktionen mit Drittbeteiligung beurteilt werden. Sie gehen auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes Enichem Anic zurück (Urteil des EuGH vom 17. Dezember 1991 T-6/89 Enichem Anic/Kommission, Slg. 1991 II-1628, Tz. 235 ff.). Dort wird ausgeführt: "Das Gericht stellt fest, dass das den Unternehmen in Artikel 85 Absatz 1 EVG-Vertrag auferlegte Verbot [...] an wirtschaftliche Einheiten gerichtet ist, die von einer Gesamtheit materieller und personeller Faktoren gebildet werden, die an einer Zuwiderhandlung im Sinne der Vorschrift beteiligt sein können. Ist eine solche Zuwiderhandlung bewiesen, ist die natürliche oder juristische Person zu ermitteln, die für den Betrieb des Unternehmens im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung verantwortlich war, damit sie zur Rechenschaft gezogen werden kann [erste Anic Regel]. Hat jedoch zwischen dem Zeitpunkt der Zuwiderhandlung und dem Zeitpunkt, zu dem das betreffende Unternehmen zur Rechenschaft gezogen werden soll, die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche Person aufgehört, rechtlich zu existieren, so ist zunächst die Gesamtheit der materiellen und personellen Faktoren festzustellen, die an der Zuwiderhandlung beteiligt waren, um sodann zu ermitteln, wem die Verantwortung für den Betrieb dieser Gesamtheit übertragen worden ist, damit sich das Unternehmen seiner Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung nicht deshalb entziehen kann, weil die zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung für seinen Betrieb verantwortliche Person nicht mehr besteht [zweite Anic Regel]." Die beiden Anic-Regeln stehen in einem Verhältnis von Grundsatz- und Ausnahmeregel. Nach der ersten Anic-Regel gilt, dass die juristische Person, die im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung für den Betrieb des Unternehmens verantwortlich war, die Verantwortlichkeit auch unter Sanktionsaspekten trägt (Grundsatz). Nach der zweiten Anic-Regel gilt, dass der Erwerber, der das Unternehmen übernommen hat und dessen Geschäftstätigkeit im Wesentlichen unverändert fortsetzt, die Verantwortlichkeit unter Sanktionsaspekten trägt, wenn die ursprünglich verantwortliche juristische Person rechtlich nicht mehr existiert (Ausnahme). Die Ausnahmeregel besagt, dass die Sanktion nach der Unternehmensveräußerung ersatzweise dem Erwerber auferlegt werden kann (vgl. Heinichen, a.a.O., S. 216 ff., 239 f., 256 ff.).

### **E. 8.1.3**

Entgegen der Vorinstanz muss das frühere Wettbewerbsverhalten dem Sanktionsadressaten vorwerfbar sein. Die Vorwerfbarkeit des Wettbewerbsverstosses gegenüber einem Nachfolgeunternehmen begründet die zurechenbare Haftungsnachfolge. Soweit die Vorinstanz eine Haftungsnachfolge auch bei "Asset Deals" uneingeschränkt zu bejahen scheint, macht sie die unter EU-Recht entworfene Ausnahmeregel zum Grundsatz. Das Gesetz lässt zwar in Art. 49a Abs. 1 KG genügen, dass das Wettbewerbsverhalten einem "beteiligten Unternehmen" zurechenbar ist, wobei die Zurechnung an das sog. Kartellrechtssubjekt "Unternehmen" und nicht an eine unternehmenstragende Gesellschaft erfolgt. Aber die Zurechnung setzt voraus, dass das zurechenbare Verhalten dem Unternehmen vorgeworfen werden kann. Die Vorwerfbarkeit begründet die Zurechenbarkeit - nicht umkehrt. Das Zurechnungskriterium der wirtschaftlichen Kontinuität ist jedenfalls zu weit, da darunter auch eine Kontinuität verstanden werden

könnte, die sich nur aus dem Vermögen ergibt. Einem Vermögenskomplex oder einzelnen Vermögenswerten als Aktivposten kann kein Verhalten vorgeworfen werden, weshalb sich auf diesem Weg auch keine Zurechenbarkeit begründen lässt. Die Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverstosses ist namentlich bei "Asset Deals" eingeschränkt (vgl. oben E. 7.4 zu den Konstellationen). Werden gestützt auf einen Kaufvertrag einzelne Vermögenswerte mittels Singularsukzession übertragen, liegt von vornherein kein Unternehmenskauf vor. Auch die Anic-Regeln des Unionsrechts sind auf die Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände nicht anwendbar. Die Anwendbarkeit setzt voraus, dass das Unternehmen, das an einem Wettbewerbsverstoss beteiligt war, auf einen anderen Unternehmensträger übertragen wurde. Voraussetzung ist mithin ein Unternehmensträgerwechsel (vgl. Heinichen, a.a.O., S. 112 f.). Ein Wechsel des Unternehmensträgers ist allerdings dann unbeachtlich, wenn ein und dasselbe Unternehmen fortgesetzt werden (vgl. dazu unten E. 8.3). Der Unternehmenskauf und eine Vermögensübertragung mittels (partieller) Universalsukzession (Art. 69 FusG) kann die Haftung des Nachfolgeunternehmens begründen. Vorausgesetzt, dass die übertragende Gesellschaft, die für den früheren Wettbewerbsverstoss verantwortlich zeichnet, nicht mehr existiert, ist von einer ersatzweisen Haftung der übernehmenden Gesellschaft auszugehen. Wie die Haftungsnachfolge bei Kauf von Aktiven und Passiven oder von Anteilen einer Gesellschaft ausgestaltet ist, braucht hier nicht geklärt zu werden. Denn die Umstrukturierung der Beschwerdeführerinnen hatte keine kaufrechtliche Grundlage. Die Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverstosses kann sich auch aus fusionsrechtlichen Tatbeständen ergeben (vgl. oben E. 7.4 zu den Konstellationen). Die Tatbestände, bei denen die übertragende Gesellschaft aufgelöst und gelöscht wird, führen zu einer Rechts- und Nachfolgehafung. Das gilt für die Absorptions- und Kombinationsfusion (Art. 3 FusG) und die Aufspaltung (Art. 29 Bst. a FusG), da die übernehmende Gesellschaft das Unternehmen der übertragenden Gesellschaft damit übernimmt. Bei der Abspaltung (Art. 29 Bst. b FusG) bleibt die übertragende Gesellschaft zwar bestehen, aber mit der Übertragung wird ein Teil des Unternehmens abgespalten und durch den übernehmenden Unternehmensträger fortgesetzt, weshalb hier eine solidarische Haftung für den früher begangenen Wettbewerbsverstoss gerechtfertigt ist. Umso mehr ist eine Solidarhaftung gerechtfertigt, wenn das Unternehmen gleichbleibt und nur die Unternehmensstruktur geändert wird (vgl. dazu unten E. 8.3).

### **E. 8.2.1**

Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen reicht eine Unternehmenskontinuität in keinem Fall aus, wenn der verantwortliche Unternehmensträger noch existiert. Die Beschwerdeführerinnen halten dafür, das Bestehen der übertragenden Gesellschaft schliesse es aus, dass eine übernehmende Gesellschaft haftbar gemacht werden könne. Die Solidarhaftung sei ausgeschlossen, weil die Zurechnung an die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 scheitere, so dass nur die Beschwerdeführerin 1 als Sanktionsadressatin in Betracht komme (vgl. oben E. 6.2.3).

### **E. 8.2.2**

Die Beschwerdeführerinnen berufen sich dabei auf das bundesverwaltungsgerichtliche Urteil B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne. Das Gericht kommt dort zum Schluss, das fehlbare Verhalten könne der Unternehmensgruppe weder objektiv noch subjektiv zugerechnet werden. Die Zurechnung betraf unzulässige Absprachen einer Gesellschaft in einer Zeitperiode, die vor der Integration der fehlbaren Gesellschaft in die

Unternehmensgruppe lag (Urteil B-807/2012 E. 11.4.4). Der hier zu beurteilende Fall liegt jedoch anders. Dort ging es um die Zurechnung gegenüber einer Unternehmensgruppe aufgrund des früheren Verhaltens einer später integrierten Gesellschaft. Hier geht es aber um die Zurechnung aufgrund eines früheren Verhaltens eines Unternehmens gegenüber den später ausgegliederten Gesellschaften, die das gleiche Unternehmen tragen. Bei der Integration einer fehlbaren Gesellschaft scheidet eine Sanktionierung der Gesellschaften, die diese nach dem Wettbewerbsverstoss aufnehmen, aus. Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens scheidet einmal in objektiver Hinsicht daran, dass die integrierende Gruppe am Wettbewerbsverstoss nicht beteiligt war (objektive Zurechnung) und in subjektiver Hinsicht daran, dass damals noch keine kapitalmässige Verflechtung mit dem Unternehmen bestand (subjektive Zurechnung). Anders verhält es sich, wenn es die fehlbare Gesellschaft ist, die Unternehmensteile später ausgliedert, ohne aufzuhören, rechtlich zu existieren. Alsdann ist die Vorwerfbarkeit in objektiver Hinsicht gegeben, weil das ausgegliederte Unternehmen am Verstoss beteiligt war (objektive Zurechnung) und in subjektiver Hinsicht, wenn eine kapitalmässige Verflechtung der das Unternehmen tragenden Gesellschaften besteht (subjektive Zurechnung).

### **E. 8.2.3**

Entgegen der Beschwerde ist ein früherer Wettbewerbsverstoss also auch weiteren Sanktionsadressaten vorwerfbar, wenn das gleiche Unternehmen - trotz Unternehmensträgerwechsel - fortgesetzt wird. Ändert sich das Unternehmen nicht, geht es um eine unternehmensinterne Umstrukturierung. Dass die Umstrukturierung im Jahr 2011/2012 eine interne Transaktion darstellt, räumen die Beschwerdeführerinnen denn auch selber ein (Beschwerde, S. 21). Interne Transaktionen sind für sanktionsrechtliche Aspekte und für die Anknüpfung des personalen Geltungsbereichs des Kartellgesetzes gleichermaßen unerheblich (vgl. oben E. 7.5.2).

### **E. 8.3.1**

Die Umstrukturierung der Beschwerdeführerinnen weist die Besonderheit auf, dass sie auf einem Konzernierungsvorgang basierte. Vor dem Vorgang im Jahre 2011/2012 gab es die Schlub AG und die Schlub Tief- und Strassenbau AG. Nach der Konzernierung hielt die Schlub AG als Holdinggesellschaft die beiden Tochtergesellschaften Schlub AG Nordbünden und Schlub AG Südbünden. Aus der angefochtenen Verfügung geht nicht klar hervor, ob die Schlub AG und die Schlub Tief- und Strassenbau AG schon vor der Konzernierung ein verbundenes Unternehmen bildeten. Die Beteiligungsverhältnisse lassen erkennen, dass es sich um ein Familienunternehmen handelt. Die personale Verflechtung, die Beteiligungs- und Organverhältnisse legen den Schluss nahe, dass die Gesellschaften schon vorher ein verbundenes Unternehmen bildeten (vgl. Vorakten 22-0433: act. I.421 und die Handelsregisterauszüge der Gesellschaften; zum Konzern oben E. 7.3). Selbst wenn von zwei selbständigen Unternehmen auszugehen wäre, würde dies nichts ändern, wie im Folgenden gezeigt wird. Die Frage, ob schon vor der Umstrukturierung ein Konzern bestand, kann daher letztlich offenbleiben.

### **E. 8.3.2**

Die Umstrukturierung diente der Ausgliederung des Unternehmens. Sie unterscheidet sich von der fusionsrechtlichen Spaltung. Die Spaltung ist zulässig in den beiden Formen der Aufspaltung (Art. 29 Bst. a FusG) und Abspaltung (Art. 29 Bst. b FusG). Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz sah - wie das deutsche Umwandlungsgesetz (§ 123 Abs. 3 UmwG) - als

dritte Spaltungsform noch die Ausgliederung vor (Art. 39 Bst. c VE FusG, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/fusion.html>, abgerufen am 04.06.2021; vgl. hierzu Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung [Fusionsgesetz, FusG], BBl 2000 4337, insbes. 4360 f.): "Ein Rechtsträger kann sich spalten, indem er einen oder mehrere Teile seines Vermögens auf andere Rechtsträger überträgt und er dafür Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Rechtsträger oder eine Abfindung erhält (Ausgliederung)". Sie wurde aber nicht Gesetz. Unter deutschem Recht unterscheidet sich die Ausgliederung von der Abspaltung lediglich dadurch, dass die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nicht den Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers eingeräumt werden, sondern diesem selbst (vgl. § 123 Abs. 2 und 3 UmwG). Unter Schweizer Recht wird bei der Vermögensübertragung auf das 3. Kapitel zur Spaltung verwiesen, wenn die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten (Art. 69, 2. Satz FusG); sonst gelten die Bestimmungen zur Vermögensübertragung. Mit Vermögensübertragung kann die Ausgliederung des Unternehmens erreicht werden, indem Vermögensteile als Sacheinlagen oder gegen Entgelt auf eine neue oder bestehende Tochtergesellschaft übertragen werden (vgl. Watter/Büchi, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker [Hrsg.], Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, Art. 29 N. 3). Im vorliegenden Fall erfolgte die Vermögensübertragung von der Beschwerdeführerin 1 auf die Beschwerdeführerin 2 und von der in die Beschwerdeführerin 1 fusionierten Schlub Tief- und Strassenbau AG auf die Beschwerdeführerin 3. Die Beschwerdeführerinnen fassten die Umstrukturierung mit Schreiben vom 30. September 2015 wie folgt zusammen: "Die Schlub AG wurde am 10. Mai 2012 mit der Schlub Tief- und Strassenbau AG fusioniert. Gleichzeitig wurden für die operativen Tätigkeiten die Tochtergesellschaften Schlub AG Nordbünden und Schlub AG Südbünden gegründet." (Vorakten 22-0433: act. I.421). Das Schreiben macht deutlich, dass die Transaktionen der Neugründung, Vermögensübertragung und Fusion als einheitlicher Vorgang zu betrachten sind, welcher der Ausgliederung diene. Bei solchen Transaktionen kommt es kartellrechtlich nicht darauf an, ob die strukturelle Verbindung der Unternehmensträger schon zur Zeit der Umstrukturierung bestand oder erst im Zug der Umstrukturierung geschaffen wird. In einem wie im anderen Fall sind sie als konzerninterne Umstrukturierungen zu behandeln. Auch die Unionspraxis beurteilt beide Fälle der Umstrukturierung gleichermassen als konzernintern und knüpft daran einen erleichterten Zugriff für die Sanktionierung (vgl. Heinichen, a.a.O., S. 321 ff., insbes. die in den Fussnoten 1055, 1056, 1081 und 1083 aufgelisteten Entscheide).

### **E. 8.3.3**

Die Umstrukturierung führte zu einer Konzern- und Holdingstruktur, bei der die Beschwerdeführerin 1 100 Prozent der Aktien der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 hält. Das Unternehmen als kartellrechtlicher Anknüpfungspunkt hat sich mit der konzerninternen Umstrukturierung nicht geändert. Wenn - wie hier - die Umstrukturierung lediglich die Struktur der Unternehmensträger ändert, aber die Funktionseinheit des Unternehmens unberührt lässt, liegt funktionale Unternehmensidentität vor. Das ist nur die Kehrseite davon, dass das Kartellrecht nicht an die Rechtssubjekte, sondern an das Kartellrechtssubjekt "Unternehmen" anknüpft. Die Ausgliederung eröffnet im vorliegenden Fall die Möglichkeit, die ausgegliederten Unternehmensteile in die Sanktion einzuschliessen. Entscheidend ist, dass keine fremden Unternehmensteile beteiligt waren und das Unternehmen operativ durch die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 im Wesentlichen

unverändert fortgesetzt wird. Der Wettbewerbsverstoss ist vorwerfbar, weil es sich um das gleiche Unternehmen handelt. Denn die Tochtergesellschaften sind Teile des am Wettbewerbsverstoss beteiligten Unternehmens (objektive Zurechnung). Der Wettbewerbsverstoss ist subjektiv vorwerfbar, weil eine einheitliche Kontrolle schon möglich war oder eine kapitalmässige Verflechtung im Zug der Konzernierung jedenfalls geschaffen wurde (subjektive Zurechnung). Aus dem Gesagten folgt, dass die solidarische Haftung der Beschwerdeführerinnen 1-3 kein Bundesrecht verletzt.

### **E. 9.1**

Die Zurechenbarkeit folgt aus der Vorwerfbarkeit des Verstosses gegen das Kartellgesetz. Das kartellbeteiligte Unternehmen hat sich mit der Ausgliederung nicht verändert, sondern ist funktional identisch geblieben, weshalb der Wettbewerbsverstoss den Beschwerdeführerinnen 1-3 zurechenbar ist. Sie stellen sich aber auf den Standpunkt, die Sanktion verletze das Schuldprinzip.

### **E. 9.2**

Die Sanktionen nach Art. 49a KG fallen in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK, da ihnen strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter zugemessen wird. Die Garantien von Art. 6 und Art. 7 EMRK sind daher auf Sanktionen, die im Verwaltungs- bzw. Verwaltungsjustizverfahren ausgesprochen werden, grundsätzlich anwendbar. Über ihre Tragweite ist bei den einzelnen Teilgehalten zu befinden (BGE 139 I 72 Publigruppe E. 2; BGE 144 II 246 Altimum E. 6.4.3; BGE 144 II 194 BMW E. 5.1; BGE 143 II 297 Gaba E. 9.1 ff.). Die Konvention garantiert das Recht auf ein faires Verfahren und überdies spezifische strafprozessuale Verfahrensgarantien in Art. 6 EMRK. Dazu gehören der Grundsatz "nemo tenetur" (Ziff. 1), die Unschuldsvermutung (Ziff. 2) und Verfahrensrechte (Ziff. 3): Informationsrecht, Recht auf effektive Verteidigung, Verteidigungsrecht, Frage- und Konfrontationsrecht, Recht auf unentgeltlichen Dolmetscher. Dass die strafprozessualen Verfahrensgarantien nicht eingehalten worden wären, wird in der Beschwerde nicht geltend gemacht.

### **E. 9.3**

Die Sanktion ist die verwaltungsrechtliche Rechtsfolge, die aus der Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverstosses an das Unternehmen, das daran beteiligt ist, folgt (Art. 49a Abs. 1 KG). Die Zurechenbarkeit wird durch die strafprozessualen Garantien nicht geregelt. Wohl kennt die Konvention Garantien, die als Ausfluss des Schuldprinzips aufgefasst werden können wie "nemo tenetur" (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) oder "in dubio pro reo" abgeleitet aus der Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK; vgl. zum Schuldprinzip und den erwähnten Garantien: BGE 139 I 72 Publigruppe E. 8.2.1; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 90 ff. und 641 ff.; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 Nikon E. 8.2 ff.). Ein Schuldprinzip im Sinne des materiell-rechtlichen Strafrechts enthält sie indes nicht. Auch der Grundsatz "nulla poena sine lege" (Art. 7 EMRK) wird nicht als strafrechtliches Schuldprinzip garantiert. Die gesetzliche Grundlage der Verwaltungssanktion ist ausschliesslich das Kartellgesetz, dessen Sanktionstatbestand auch die Zurechenbarkeit regelt. Das Gesetz lässt genügen, dass die wettbewerbswidrige Verhaltensweise dem Unternehmen, das daran beteiligt ist, zugerechnet werden kann. Soweit das Strafrecht einschliesslich Unternehmensstrafrecht weitergeht oder anderen Grundsätzen folgt, können die Beschwerdeführerinnen daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

### **E. 10.1**

Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, die Nichtanwendung von Art. 48 Bst. e StGB verletze Bundesrecht. Sie führen aus, die lange Dauer, welche seit der Einstellung des Kartellrechtsverstosses vergangen sei, müsse bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung zum Strafrecht. Seit der freiwilligen Einstellung des Verstosses seien nun fast zehn Jahren vergangen. Die Sanktion von Art. 49a KG habe pönalen Charakter, weshalb Art. 48 Bst. e StGB und die vom Bundesgericht festgelegten Grundsätze anzuwenden seien. Die lange Dauer seit Einstellung des wettbewerbswidrigen Verhaltens sei bei der Sanktionsbemessung in der Höhe von 50 Prozent zu berücksichtigen.

### **E. 10.2**

Das Beschwerdevorbringen geht fehl. Die Belastung ist eine Verwaltungssanktion und keine strafrechtliche Sanktion. Dass sie - wie erwähnt - strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Charakter gemäss Art. 6 EMRK hat, ist unerheblich. Die Verwaltungssanktion fällt nicht in den Anwendungsbereich des Strafgesetzbuches. Wie die Vorinstanz korrekt ausführt, wird die Sanktion abschliessend durch das Kartellrecht geregelt und die Kriterien für die Bemessung ergeben sich aus der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung [SVKG, SR 251.5]). Der Strafmilderungsgrund von Art. 48 Bst. e StGB und die dazu ergangene Rechtsprechung unter Strafrecht kommen nicht zur Anwendung (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 641 ff., insbes. Rz. 651; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 Nikon E. 8.1.1).

### **E. 10.3**

Die Beschwerde bringt gegen die Sanktion im Übrigen nichts vor. Sie stellt auch die Sanktionsbemessung nicht in Frage. Für das Bundesverwaltungsgericht besteht keine Veranlassung, von der vorinstanzlichen Sanktionsbemessung abzuweichen, zumal sie nachvollziehbar ist. Eine Bundesrechtsverletzung lässt sich nicht erkennen.

### **E. 11**

Die Beschwerdeführerinnen beantragen schliesslich die Aufhebung von Ziffer 5.10 der angefochtenen Verfügung (Verfahrenskosten), ohne den Antrag substantiiert zu begründen. Sie zeigen nicht auf, aus welchem Grund die Vorinstanz auf eine Kostenauflegung hätte verzichten sollen. Dies ist auch nicht ersichtlich. Sofern die Beschwerdeführerinnen davon ausgehen, dass die begehrte Aufhebung der Dispositivziffer 3.9 der angefochtenen Verfügung zum Erlass der Kosten im vorinstanzlichen Verfahren führt, ist festzuhalten, dass sie mit dem entsprechenden Antrag nicht durchdringen (vgl. oben E. 8.3.3). Des Weiteren geht aus der angefochtenen Verfügung verständlich hervor, auf welche Rechtsgrundlage die Vorinstanz die Gebührenpflicht stützt, wie sie deren Höhe berechnet und in welchem Verhältnis sie die Kosten den am Wettbewerbsverstoss beteiligten Parteien auferlegt (vgl. angefochtene Verfügung N. 638 ff.). Daran ist nichts auszusetzen.

### **E. 12**

Aus dem Gesagten folgt, dass die angefochtene Verfügung kein Bundesrecht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

### **E. 13**

Entsprechend dem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Sie ist auf Fr. 12'500.- festzusetzen. Den unterliegenden Beschwerdeführerinnen ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.