

# **BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-08-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-5161\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5161_2019)

FR: TAF B-5161/2019 du 9 août 2021

IT: TAF B-5161/2019 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 Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG) und hat den 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: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 7 N. 19; Seethaler/Portmann, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 52 N. 38; André Moser, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 52 N. 3, je m.w.H.).

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin beantragt einzig die Aufhebung (eventualiter die Anpassung) der Dispositiv-Ziffern 1 und 2 sowie die Abänderung der Dispositiv-Ziffer 5.7. Es handelt sich dabei einerseits um die von der Vorinstanz getroffenen Massnahmen (Ziff. 1 und 2) sowie um die der Beschwerdeführerin auferlegten Kosten (Ziff. 5.7). Der Streitgegenstand beschränkt sich somit auf diese Ziffern. Soweit die Verfügung unangefochten geblieben ist, ist sie gegenüber der Beschwerdeführerin in Rechtskraft erwachsen.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass Massnahmen bei direkt sanktionierbaren Verstössen unnötig und unzulässig seien. Sie seien höchstens notwendig, um einen im Verfügungszeitpunkt noch andauernden Verstoss zu beseitigen. Bei Wiederholung eines beendeten Verhaltens könne und müsse die Vorinstanz demgegenüber ein neues Verfahren

eröffnen und könne alsdann das fragliche Verhalten direkt sanktionieren. Die Anordnung von Massnahmen bei direkt sanktionierbaren, eingestellten Verstössen entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, entbehre jeglicher Erforderlichkeit und führe zu einer eigentlichen Doppelbestrafung. Die Massnahmen seien ferner in persönlicher, sachlicher, zeitlicher und räumlicher Hinsicht unverhältnismässig. Es fehle an einem Anordnungsinteresse, da die Massnahmen in inhaltlich identischer Weise bereits in anderen Verfügungen (Bauleistungen See-Gaster, Engadin VI und Engadin VIII) angeordnet worden seien. Des Weiteren fehle es an der von der Vorinstanz vorausgesetzten Wiederholungsgefahr. Die hier thematisierten Abreden hätten bereits im Mai 2010 bzw. September 2012 geendet. Sie habe sämtliche Verhaltensweisen eingestellt und seither umfassende Compliance Bemühungen unternommen. Die Vorinstanz verbiete bereits unilaterales Handeln, was zu einer unzulässigen Ausweitung des Kartellgesetzes führe. Auch umschreibe sie den Begriff der Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zu eng, verbiete auch einen zulässigen Informationsaustausch und beschränke die Massnahmen nicht auf den im vorliegenden Fall sachlich relevanten Markt. Weiter würden die Massnahmen über die räumlichen Untersuchungsgebiete hinausreichen, weshalb es an den Voraussetzungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit fehle. Die Massnahmen seien zeitlich unbegrenzt, was unverhältnismässig sei. Auch in Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich seien Massnahmen überschüssend, da keine Einschränkung auf die betroffenen Bauherrschaften erfolge. Die Massnahmen würden darüber hinaus den Bestimmtheitsgrundsatz verletzen, da sie nicht hinreichend bestimmt und klar seien. Der Beschwerdeführerin sei es nicht möglich, zu erkennen, welche Verpflichtungen und Unterlassungen ihr auferlegt würden. Die Unbestimmtheit der Massnahmen verunmögliche eine wirksame Compliance. Die Massnahmen seien schliesslich in Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ergangen. Die Anordnungen würden auch ein kartellrechtlich zulässiges Verhalten verbieten. Dadurch werde sie gegenüber ihren Wettbewerbern in unzulässiger Weise ungleich behandelt. Die Beschwerdeführerin beantragt eventualiter, die Massnahmen seien auf das räumlich, personell, sachlich und zeitlich Erforderliche einzugrenzen.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz führt aus, die Massnahmen würden der jüngsten Praxis, der herrschenden Lehre und dem Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 KG entsprechen. Auch bei einem direkt sanktionierbaren Tatbestand könne eine geeignete Massnahme angeordnet werden. Die Beschwerdeführerin sei an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt gewesen. Sie sei deshalb zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden könnten. Diese Anordnungen würden die Verpflichtungen umschreiben, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten. Sie seien hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem würden sie in unmittelbarem Zusammenhang zu den von ihr begangenen unzulässigen Verhaltensweisen stehen. Die Massnahmen müssten verhältnismässig sein. Da bei der Beschwerdeführerin eine Wiederholungsgefahr bestehe, seien die Massnahmen zur Erreichung des Ziels, dass der begangene Wettbewerbsverstoss zukünftig unterlassen werde, geeignet. Die Massnahmen würden in sachlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht nicht über das Erforderliche hinausgehen. Gleich geeignete Massnahmen seien nicht ersichtlich, weshalb die Erforderlichkeit zu bejahen sei. Es sei nicht nötig, dass die Massnahmen bis ins letzte Detail beschrieben würden. Es reiche aus, dass für den Verfügungsadressaten zusammen mit der Verfügungsbegründung ersichtlich sei, welches Verhalten künftig zu unterlassen sei. Die Verhaltens- und Unterlassungspflichten würden daher dem Legalitätsprinzip entsprechen.

Der Beschwerdeführerin könne zugemutet werden, die Massnahmen gemäss Sinn und Zweck auszulegen. Auch sei nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin gegenüber ihrer Konkurrenz benachteiligt werde und der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt sei. Es werde ihr lediglich die Pflicht auferlegt, ein kartellrechtlich ohnehin unzulässiges Verhalten zu unterlassen. Die Massnahmen seien deshalb zumutbar und gerechtfertigt. Die Einwände bezüglich der räumlichen, personellen, sachlichen und zeitlichen Eingrenzung seien unbegründet, weshalb auch die Eventualanträge abzuweisen seien.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin erachtet die Massnahmen als unzulässig.

##### **E. 4.1**

Die Vorinstanz würdigt in der Verfügung zwei Sachverhaltskomplexe (oben Sachverhalt A.f) und kommt dabei zum Schluss, dass das Wettbewerbsverhalten der Beschwerdeführerin mehrfach gegen das Kartellgesetz verstossen habe. Die Absprache über die Zuteilung von Anteilsquoten erfülle den Tatbestand der Preisfestsetzungsabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) und den Tatbestand der Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Die Absprache im Rahmen des "Club Quattro" erfülle den Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG). Gestützt auf die rechtliche Würdigung wäre eine direkte Sanktion nur für den ersten Sachverhaltskomplex möglich, nicht für den zweiten Sachverhaltskomplex, der keinen gesetzlichen Abredetypus erfüllt (unten E. 4.3.2). Die Sanktion wird infolge Selbstanzeige aber vollständig erlassen. Die Zulässigkeit der Massnahmen ist eine Rechtsfrage, die nachfolgend - zunächst durch Auslegung von Art. 30 Abs. 1 KG (E. 4.2), hernach im Zusammenhang mit der Möglichkeit direkter Sanktionen (E. 4.3) und schliesslich im Lichte des Verbots der Doppelbestrafung (E. 4.4) - zu prüfen ist.

##### **E. 4.2**

Die Gesetzesbestimmung ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen (BGE 146 II 201 E. 4.1 m.w.H.). Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrundeliegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Vom Wortlaut (grammatikalische Auslegung) darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt (BGE 145 II 270 E. 4.1 m.w.H.). Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historische Auslegung), aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften (systematische Auslegung) oder Sinn und Zweck der Bestimmung (teleologische Auslegung) ergeben (BGE 140 II 415 E. 5.4).

##### **E. 4.2.1**

Die Bestimmung von Art. 30 Abs. 1 KG mit der Marginalie "Entscheid" (frz. "Décision"; ital. "Decisione") besagt, dass die "Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen entscheidet" (frz. "Sur proposition du secrétariat, la commission prend sa décision sur les mesures à prendre"; ital. "La Commissione decide su proposta della segreteria le misure da adottare"). Der Wortlaut ist

insofern - in allen drei Amtssprachen - klar und unmissverständlich. Die Formulierung ist offen gewählt. Aus Art. 30 Abs. 1 KG ergeben sich keine Hinweise im Hinblick auf den möglichen Inhalt einer Massnahme. Es gibt keinen numerus clausus möglicher Massnahmen (Stefan Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 359 f.; Izumi/Krimmer, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 30 N. 25). Aus der grammatikalischen Auslegung lässt sich keine Beschränkung möglicher Massnahmen ableiten.

#### **E. 4.2.2**

Die Bestimmung von Art. 30 KG geht auf die Totalrevision des Kartellgesetzes aus dem Jahre 1994, in Kraft seit 6. Oktober 1995, zurück. Sie gilt seither mit unverändertem Wortlaut. Die Botschaft zur Totalrevision hält dazu lediglich fest, "die Wettbewerbskommission entscheidet über die zu treffenden Massnahmen" (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG] vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 604 f.). Auch sonst finden sich keine Hinweise für eine legislatorische Absicht, die Anordnung von Massnahmen inhaltlich zu beschränken. Die Bestimmung wurde mit der Revision aus dem Jahre 2003, in Kraft seit 1. April 2004, nicht geändert. Mit dieser Gesetzesnovelle ist die Möglichkeit der direkten Sanktion eingeführt worden (Art. 49a KG). Weder die Botschaft (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022) noch die Beratung in den Räten (AB 2002 N 1290 und AB 2003 S 318) sprechen sich zum Verhältnis der Verwaltungssanktion zu den Massnahmen aus. Wenn es die Meinung des Gesetzgebers gewesen wäre, dass die neu eingeführte Sanktion das Verhängen von Massnahmen einschränken soll, so wäre ein entsprechender Hinweis zu erwarten gewesen. Einen solchen Hinweis findet sich in der Entstehungsgeschichte der Novelle nicht. Folglich ist davon auszugehen, dass der Entscheid über die zu treffenden Massnahmen nicht eingeschränkt worden ist. Aufgrund der Gesetzesnovelle ist vielmehr davon auszugehen, dass die direkte Sanktion ein zusätzliches Instrument darstellt. Die Sanktionsmöglichkeit lässt den Entscheidungsspielraum der Behörden, die erforderlichen Massnahmen im Sinne von Art. 30 KG zu treffen, unberührt. Die historische Auslegung lässt eine Beschränkung möglicher Massnahmen nicht zu.

#### **E. 4.2.3**

Die Bestimmung von Art. 30 KG steht unter dem 4. Kapitel mit der Überschrift "Verwaltungsrechtliches Verfahren" im 2. Abschnitt über die "Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen". Der 6. Abschnitt über "Verwaltungssanktionen" findet sich in demselben Kapitel. Die Kapitelüberschrift stellt klar, dass das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren vor den Wettbewerbsbehörden mit einem Entscheid endet, der sowohl eine Massnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG als auch eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG anordnen kann. Aufgrund der Auslegung in systematischer Hinsicht ist eine Beschränkung möglicher Massnahmen nicht anzunehmen.

#### **E. 4.2.4**

Die Bestimmung von Art. 30 Abs. 1 KG regelt den Inhalt des Entscheids, den die Wettbewerbskommission trifft. Die zu treffenden Massnahmen dienen dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 KG) nach einem Verstoss gegen das Wettbewerbsrecht. Die Wettbewerbskommission erlässt daraufhin die zu treffenden Massnahmen. Die

Behörden sollen alle Massnahmen anordnen können, die erforderlich sind, um den Wettbewerb nach einem Verstoss wirksam zu schützen. Das Gesetz eröffnet einen weiten Ermessensspielraum in Form eines Auswahlermessens, damit die Behörden die im Einzelfall erforderlichen Massnahmen treffen können. Eine Beschränkung auf einen bestimmten Inhalt oder bestimmte Anwendungssituationen lässt sich in teleologischer Auslegung nicht begründen.

#### **E. 4.2.5**

Die Auslegung von Art. 30 Abs. 1 KG ergibt zusammenfassend, dass für die zu treffenden Massnahmen ein weiter Ermessensspielraum besteht, was mit der inhaltlich offenen Formulierung angezeigt wird (vgl. auch Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 *Marché du livre écrit français* E. 19 m.w.H. [noch nicht rechtskräftig]). Das Auslegungsergebnis wird durch alle Elemente bestätigt. Die Bestimmung beschränkt weder den Inhalt möglicher Massnahmen noch wird die Möglichkeit einer Massnahme auf bestimmte Fallkonstellationen eingeschränkt. Das Verhältnis zwischen Verwaltungssanktion (Art. 49a Abs. 1 KG) und Massnahmeentscheid (Art. 30 Abs. 1 KG) gilt es nachfolgend zu klären.

#### **E. 4.3.1**

Der Massnahmebegriff im Verwaltungsrecht ist ein Allgemeinbegriff, unter den Massnahmen im engeren Sinn und Sanktionen zu subsumieren sind. Sanktionen sind Mittel, mit denen die Erfüllung verwaltungsrechtlicher Pflichten erzwungen wird (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1440). Eine Massnahme im engeren Sinn kann einen Sanktionscharakter aufweisen. Die Sanktionsmassnahmen werden nach der Art ihrer Wirkung eingeteilt in exekutorische Sanktionen, repressive Sanktionen und administrative Nachteile. Die exekutorischen Massnahmen dienen der unmittelbaren Durchsetzung bzw. Vollstreckung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht. Die repressiven Massnahmen dienen nicht nur dazu, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, sondern sollen Druck auf den Pflichtigen ausüben und die verwaltungsrechtliche Pflicht damit in mittelbarer Weise erzwingen. Sie haben nicht bloss Vollstreckungsfunktion, sondern häufig eine präventive Wirkung, indem sie die Pflichtigen von der Verletzung ihrer Pflichten abhalten sollen. Oft dienen sie auch dazu, begangenes Unrecht zu ahnden (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1440 ff.; vgl. auch mit abweichender Terminologie Tobias Jaag, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung*, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, 2010, S. 2 ff.).

#### **E. 4.3.2**

Die Sanktion nach Art. 49a KG (in Kraft seit dem 1. April 2004) ist eine Verwaltungssanktion in Form einer finanziellen Belastung. Mit ihrer Einführung sollte unter anderem die Präventivwirkung des Gesetzes erhöht werden (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022, 2023). Vorher konnten die Wettbewerbsbehörden die Unternehmen lediglich verpflichten, kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zu unterlassen. Erst im Wiederholungsfall beziehungsweise bei der Verletzung einer Verfügung der Vorinstanz waren gestützt auf Art. 50 KG (indirekte) Sanktionen möglich (BGE 135 II 60 *Interchange Fee* E. 2.1). Ein wesentlicher Zweck der Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens besteht darin, die sogenannte Kartellrente, das heisst den durch das wettbewerbswidrige Verhalten

erzielten Gewinn, abzuschöpfen, um dadurch die Unternehmen zu veranlassen, derartige Verhaltensweisen zu unterlassen. Dieser Zweck wurde durch den Gesetzgeber vorgegeben (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022, 2033, 2037 f.). Die präventive Wirkung des Kartellgesetzes verlangt daher, dass die zu erwartende Sanktion höher ausfällt als die Kartellrente, weshalb der Nettonutzen aus einem Kartellrechtsverstoss negativ sein muss (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 630 m.w.H.). Die Belastung stellt daher eine besondere pekuniäre Verwaltungssanktion dar. Die Sanktion hat einen pönalen Charakter insofern, als ihr mit Blick auf die Verfahrensgarantien der EMRK ein strafrechtlicher bzw. strafrechtsähnlicher Charakter zuerkannt wird (BGE 144 II 246 Altimum E. 6.4.3; BGE 139 I 72 Publigroupe E. 2.2.2 ff.; BGE 144 II 194 BMW E. 5.1; BGE 143 II 297 Gaba E. 9.1 ff.), und wird bei solchen Abreden ausgesprochen, die einen gesetzlichen Abredetypus erfüllen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG; BGE 143 II 297 Gaba E. 9.4). Dadurch hebt sich die Sanktion im Sinne von Art. 49a KG von anderen Sanktionsmassnahmen ab.

### **E. 4.3.3**

Der Sanktionscharakter einer Massnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG, die in keiner finanziellen Belastung besteht, kann sowohl präventive als auch repressive Merkmale umfassen. Die Anordnung der Massnahme setzt voraus, dass sie zum Schutz wirksamen Wettbewerbs geeignet, erforderlich und zumutbar, d.h. verhältnismässig ist. Über die Verhältnismässigkeit (unten E. 5) und die Bestimmtheit (unten E. 6) der Massnahme hinaus wird nichts Weiteres vorausgesetzt, denn das Kartellgesetz kennt keinen *numerus clausus* der möglichen Massnahmen (oben E. 4.2.1). Das Gesetz schliesst weder nach dem Wortlaut noch nach Sinn und Zweck aus, dass eine Massnahme mit einer Sanktion kombiniert werden kann. Auch die Lehre geht, sofern sie sich dazu äussert, davon aus, dass bei direkt sanktionierbaren Verstössen die Anordnung von Massnahmen zulässig ist. Die Kommentatoren gehen grösstenteils von der Fallkonstellation aus, dass die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung andauert und beseitigt werden muss. Die Konstellation, dass das wettbewerbswidrige Verhalten - wie vorliegend - beendet wurde und die Vorinstanz (zukunftsgerichtet) Massnahmen zur Verhinderung eines wiederholten Wettbewerbsverstosses anordnet, wird kaum angesprochen (Zirlick/Tagmann, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 30 N. 61 und Art. 50 N. 30 f.; Izumi/Krimmer, a.a.O., Art. 30 N. 24; Romina Carcagni, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, Art. 30 N. 3 und 10; Bilger, a.a.O., S. 160; Zurkinder/Trüb, Das neue Kartellgesetz, 2004, Art. 50 N. 1). Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben sich, soweit ersichtlich, noch nicht explizit mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Vorinstanz neben einer direkten Sanktion auch andere Massnahmen treffen kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage in einem Urteil jedoch implizit beantwortet. Es bestätigte neben der Sanktion auch die Zulässigkeit der von der Vorinstanz ausgesprochenen Massnahmen. Im Gegensatz zum hier vorliegenden Sachverhalt ging das Gericht im damaligen Fall jedoch davon aus, dass das unzulässige Verhalten noch andauern könnte (Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 *Marché du livre écrit français* E. 19). Es trifft zu, dass das Kartellgesetz bis zur Revision im Jahre 2003 lediglich die Möglichkeit von indirekten Sanktionen vorsah (oben E. 4.3.2). Die Entstehungsgeschichte der Gesetzesrevision enthält aber keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine Massnahme unzulässig wäre, wenn sie neben einer Sanktion ausgesprochen wird (oben E. 4.2.2.). Eine Massnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG kann - in

Übereinstimmung mit allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts - mit unterschiedlicher Zielsetzung angeordnet werden. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung beschränkt sich der Anwendungsbereich der Bestimmung nicht auf Fälle, in denen eine Wettbewerbsbeschränkung im Zeitpunkt der Verfügung noch besteht. Eine Zulässigkeitschranke über einen derart eng gefassten Zweck lässt sich dem Kartellgesetz nicht entnehmen. Die Bestimmung lässt auch Massnahmen zu, die zukunftsgerichtet ausgesprochen werden. Soweit im Einzelfall erforderlich und eine Wiederholungsgefahr besteht, kommen auch präventiv wirkende Massnahmen in Betracht, die dazu dienen, kartellrechtliche Pflichten in mittelbarer Weise zu erzwingen. Die Einschränkung der Zulässigkeit erfolgt durch das Gesetz dadurch, dass die zu treffenden Massnahmen erforderlich sein müssen (Art. 30 Abs. 1 KG). Insbesondere im Hinblick auf das öffentliche Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs kann es sachgerecht sein, eine Sanktion mit einer Massnahme zu verbinden (unten E. 5.2). Unter dieser Voraussetzung ist es möglich, eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG mit einer Massnahme nach Art. 30 Abs. 1 KG zu verbinden. Massnahmen - in Form von Unterlassungsanordnungen - können auch mit dem Zweck angeordnet werden, einer drohenden erneuten Kartellrechtsverletzung vorzubeugen.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerin moniert eine eigentliche Doppelbestrafung. Nach dem Verbot der Doppelbestrafung ("ne bis in idem") darf niemand wegen einer Straftat, für welche er nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden. Das Prinzip ist verletzt, wenn derselbe Sachverhalt in zwei voneinander unabhängigen Strafverfahren verfolgt und beurteilt wird. Es leitet sich direkt aus Art. 8 Abs. 1 ("Rechtsgleichheit") und Art. 29 Abs. 1 BV ("Grundsatz des fairen Verfahrens") sowie dem materiellen Bundesstrafrecht ab (Urteil des BGer 6B\_690/2018 vom 17. Januar 2019 E. 1.3 m.w.H.). Eine Sanktion nach Art. 50 KG für dasselbe Verhalten in demselben Zeitraum darf demzufolge nicht mit einer zweiten Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG kumuliert werden. Dann würde ein Verstoss gegen das Verbot der Doppelbestrafung vorliegen (Tagmann/Zirlick, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 50 N. 32). Eine solche Konstellation liegt hier nicht vor. Einen strafrechtsähnlichen Charakter hat nur die Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG. Den vorliegend angeordneten Massnahmen, welche die Beschwerdeführerin davon abhalten sollen, sich erneut wettbewerbswidrig zu verhalten, kommt kein solcher Charakter zu. Eine Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG und eine Massnahme nach Art. 30 Abs. 1 KG können also kumuliert werden, ohne dass der Grundsatz "ne bis in idem" verletzt wird. Im Übrigen wurde die Beschwerdeführerin von der Sanktion befreit, weshalb ohnehin keine Kumulation von Sanktion und Massnahme vorliegt.

#### **E. 4.5**

Zusammenfassend ist eine Massnahme gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG zulässig, wenn ein Wettbewerbsverstoss nicht sanktionierbar ist oder wenn er sanktionierbar ist, aber eine Wiederholungsgefahr besteht. Eine Massnahme kann auch - wie hier - angeordnet werden, wenn sie an die Stelle einer Sanktion tritt und zukunftsgerichtet einen erneuten Verstoss gegen Wettbewerbsrecht verhindern soll - solange sie erforderlich, verhältnismässig und klar bestimmt ist (vgl. auch Urteile des BVer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 Strassenbeläge Tessin Implenia E. 2.4.2 ff. und B-360/2008 vom 10. Juni 2010

Strassenbeläge Tessin Spalu E. 3.4.3). Die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die vorliegend angeordneten Massnahmen unzulässig seien, geht somit fehl.

## **E. 5**

Die Beschwerdeführerin hält die Massnahmen für unverhältnismässig.

### **E. 5.1**

Die Massnahmen müssen wie jedes Handeln staatlicher Organe den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns entsprechen, d.h. im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; zur Verhältnismässigkeit der Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG: Zirlick/Tagmann, a.a.O., Art. 30 N. 59; Carcagni, a.a.O., Art. 30 N. 12; Izumi/Krimmer, a.a.O., Art. 30 N. 25; Bilger, a.a.O., S. 360).

### **E. 5.2**

Die Voraussetzung des öffentlichen Interesses ergibt sich im Rahmen von Art. 30 Abs. 1 KG aus dem geschützten Rechtsgut. Die Kartellrechtsbestimmung dient dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs (vgl. Art. 1 KG; vgl. Michael Tschudin, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 50 N. 10). Ein öffentliches Interesse an der Massnahme besteht aber auch insofern, als im Widerhandlungsfall ein weiterer Verstoss gegen kartellrechtliche Pflichten in einem rascheren Verfahren beurteilt werden kann. Das Verfahren nach Art. 50 KG kommt zur Anwendung in Fällen, in denen die Wettbewerbsbehörden in der Sache bereits entschieden haben (BGE 135 II 60 Interchange Fee E. 2.1). Es ist in der Regel rascher, weil die Untersuchung weniger umfangreich und der Gegenstand der Beurteilung beschränkt ist. Die Beurteilung in diesen Verfahren ist beschränkt auf die Frage der Verletzung einer kartellrechtlichen Pflicht, die individuell-konkret bereits bestimmt ist (durch eine einvernehmliche Regelung oder eine behördliche Anordnung im Sinne von Art. 50 KG). Dazu kommt, dass das Verschulden bei einem Verstoss gegen eine rechtskräftige Verfügung, die das Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsabreden feststellt, tendenziell schwerer als im Fall einer direkten Sanktion zu beurteilen sein dürfte (Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 Strassenbeläge Tessin Implenja E. 2.4.4 m.w.H.). Ein öffentliches Interesse am Erlass einer Unterlassungsanordnung im Bereich des Submissionswesens wird auch vom Bundesgericht bejaht (Urteil des BGer 2A.59/2005 vom 22. August 2005 E. 3.3).

### **E. 5.3**

Eine Verwaltungsmassnahme ist nur dann verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen (sog. Zwecktauglichkeit der Massnahme). An Zwecktauglichkeit gemessen erweisen sich diejenigen Massnahmen als unverhältnismässig, die keinerlei Wirkung im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfalten oder welche die Erreichung des gesetzten Zwecks sogar erschweren oder verhindern (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 522 m.w.H.). Die Massnahmen der Vorinstanz dienen dazu, eine wiederholte vergleichbare Wettbewerbsrechtsverletzung zu verhindern. Die Beschwerdeführerin soll von einer erneuten Verletzung der Pflichten aus Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG sowie aus Art. 5 Abs. 1 KG abgehalten werden. Zur Erreichung dieses Ziels sind die Massnahmen ohne weiteres zwecktauglich, zumal ihr genau dieses Verhalten verboten wird.

### **E. 5.4**

Die Massnahme muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich sein. Massnahmen erfüllen die Voraussetzung der Erforderlichkeit nicht, wenn das Ziel mit einem gleichermassen geeigneten, aber milderem Mittel mindestens ebenso gut erreicht werden kann (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 527).

#### **E. 5.4.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, es fehle an einem Anordnungsinteresse, da die Vorinstanz in anderen Verfügungen bereits Massnahmen in weitgehend identischer Weise angeordnet habe. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass sich die verschiedenen verbotenen Verhaltensweisen in den von der Beschwerdeführerin genannten Verfahren (Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 Bauleistungen See-Gaster; Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 Engadin U, nachfolgend Engadin VI; Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 Engadin Q, nachfolgend Engadin VIII; alle vorinstanzlichen Verfügungen abrufbar unter:

<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>, besucht am 03.08.2021) nicht vollständig decken. So beziehen sich etwa die Massnahmen in den Verfahren Engadin VI und Engadin VIII auf Hoch- und Tiefbauleistungen und im Verfahren Bauleistungen See-Gaster finden sich zusätzliche Verhaltensanordnungen in Bezug auf geplante Arbeitsgemeinschaften. Die Massnahmen sind jeweils speziell auf die festgestellten Verletzungen des Wettbewerbsrechts ausgerichtet und zusammen mit der Entscheidungsbegründung zu lesen (unten E. 6.3). Ein fehlendes Anordnungsinteresse ist zu verneinen. Ausserdem sind die Verfügungen in den Verfahren Engadin VI und Engadin VIII noch nicht rechtskräftig.

#### **E. 5.4.2**

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, es fehle an einer Wiederholungsgefahr. Richtigerweise geht sie davon aus, dass die Anordnung der Massnahme bei abgeschlossenem wettbewerbswidrigem Verhalten eine gewisse Gefahr voraussetzt, dass die Massnahme-Adressatin die rechtswidrigen Verhaltensweisen wiederaufnimmt. Besteht diese Gefahr nicht, so sind die Massnahmen nicht erforderlich. Diesbezüglich zu berücksichtigen ist, dass die Beschwerdeführerin bereits mehrmals an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt war. So wurde sie bereits wegen Submissionsabsprachen im Kanton Aargau sanktioniert (Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau). Ebenfalls war die Beschwerdeführerin Adressatin im Kartellsanktionsverfahren in Sachen Bauleistungen See-Gaster. Auch ihre mittlerweile aufgelöste Tochtergesellschaft Implenia (Ticino) SA hat sich kartellrechtswidrig verhalten (Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 Strassenbeläge Tessin Implenia). Zudem zählt die Beschwerdeführerin selbst mehrere weitere Verfahren im Kanton Graubünden auf, in welche sie involviert ist und welche ebenfalls Submissionsabsprachen betreffen (Engadin VI und Engadin VIII [beide noch nicht rechtskräftig]). Offensichtlich hatte die Beschwerdeführerin in jüngerer Zeit mehrfach Mühe, sich kartellrechtskonform zu verhalten. Auch wenn sie mittlerweile Compliance Bemühungen unternommen hat, besteht bei der dargestellten Sachlage sehr wohl das Risiko, dass sich die Beschwerdeführerin in Zukunft wiederum kartellrechtswidrig verhält. Die Vorinstanz geht demnach zutreffend von einer Wiederholungsgefahr aus.

#### **E. 5.4.3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Massnahmen würden in sachlicher Hinsicht über das erforderliche Mass hinausgehen. So verbiete die Vorinstanz unilaterales Verhalten, umschreibe den Begriff der ARGE zu eng und verbiete einen zulässigen Informationsaustausch.

#### **E. 5.4.3.1**

Bezüglich unilateralen Verhaltens ist festzuhalten, dass die Vorinstanz in den Dispositiv-Ziffern 1.1 und 2 der angefochtenen Verfügung tatsächlich das Anfragen und Anbieten von Schutz, Stützofferten oder Eingabeverzicht sowie den Austausch von Informationen über die Interessenlage verbietet. Damit untersagt sie der Beschwerdeführerin ein Verhalten, das eine unzulässige Wettbewerbsabrede begründen kann, aber nicht muss. Die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG setzt das Bestehen einer Abrede voraus. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Vereinbarung setzt eine übereinstimmende Willensäusserung voraus (Art. 1 OR; BGE 144 II 246 Altimum E. 6.4.1). Darüber hinaus gelten nicht nur Vereinbarungen als Wettbewerbsabreden, sondern auch abgestimmte Verhaltensweisen. Die abgestimmte Verhaltensweise grenzt sich durch den fehlenden Bindungswillen ab und bleibt dabei im Vorfeld einer Vereinbarung (Urteil des BGER 2C\_149/2018 vom 4. Februar 2021 Hors-Liste Medikamente E. 3.3 und 3.4.1). Unter bestimmten Voraussetzungen kann daher auch bereits beispielsweise das Anbieten von Informationen über die Interessenlage, wie es die Vorinstanz in ihrer Unterlassungsanordnung verbietet, eine Wettbewerbsabrede darstellen, zumal auch einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens dazu führen kann, dass Wettbewerber gestützt auf die erhaltenen Informationen ihr Marktverhalten anpassen; in seinem Urteil in Sachen Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente geht das Bundesgericht von einer entsprechenden (widerlegbaren) Vermutung aus (vgl. Urteil des BGER 2C\_149/2018 vom 4. Februar 2021 Hors-Liste Medikamente E. 3.4.2 und E. 3.4.4 m.w.H.). Der Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz auch kartellrechtlich zulässiges Verhalten pönalisieren, geht fehl. Darüber hinaus beruht eine Massnahme auf einer individuell-konkreten Anordnung, weshalb sie nicht auf die Abrede abstellen kann. Die Anordnung muss die Pflicht, ein bestimmtes Handeln zu tun oder zu unterlassen, nämlich an ein Unternehmen individuell adressieren und konkretisieren. Insoweit sind die vorliegend angeordneten Pflichten, ein wettbewerbswidriges Angebot zu unterlassen, nichts anderes als die Folge davon, dass die Pflichten individualisiert und konkretisiert werden müssen. Die Verbote fassen die Vorbedingungen einer Wettbewerbsabrede auf Seiten der Beschwerdeführerin, verbieten nur das in Vergangenheit begangene Verhalten und sind daher nicht zu beanstanden.

#### **E. 5.4.3.2**

Auch davon, dass die Vorinstanz den Begriff der ARGE in der angefochtenen Verfügung zu eng umschreibe, kann keine Rede sein. Die Vorinstanz erwähnt im Dispositiv explizit, dass zur Bildung und Durchführung von ARGE unabdingbare Informationen ausgetauscht werden können (Dispositiv-Ziff. 1.2 und 2). Die von der Beschwerdeführerin zitierte Stelle in der angefochtenen Verfügung handelt jedoch nicht von den hier strittigen Massnahmen. Dort geht es vielmehr um die sogenannten Dauer-ARGE. Die Vorinstanz spricht davon, dass die gemeinsame projektübergreifende und andauernde Zuteilung von Bauprojekten

und von Marktteilen, auch in Form von ARGE, gegen das Kartellrecht verstossen könne (angefochtene Verfügung N. 426). Sie verweist explizit auf Lehre und Rechtsprechung (Zirlick/Bangerter, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 5 N. 556 f.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 9.3.4.3). Dass und inwiefern die Vorinstanz den Begriff der zulässigen ARGE zu eng umschreibt oder mit der Anordnung der Massnahmen über das Erforderliche hinausgeht, ist jedenfalls nicht ersichtlich. Die Vorinstanz stellt in der Vernehmlassung zudem ihren Standpunkt klar, wonach ARGE aus Wirtschaftlichkeitsgründen zulässig sein könnten (vgl. Vernehmlassung N. 23). Sie geht damit zutreffend davon aus, dass offene, das heisst dem Auftraggeber offengelegte ARGE kartellrechtlich zulässig sein können. Eine solche ARGE erscheint insbesondere in den Fällen als kartellrechtlich unbedenklich, in denen mehrere Unternehmen im Sinne einer Bietergemeinschaft eine gemeinsame Offerte einreichen, weil sie das Projekt nicht für sich alleine, sondern nur gemeinsam ausführen können (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 9.3.4.3 und 10.3.7.4). In einem solchen Fall ermöglicht es die ARGE, dass ein zusätzlicher Wettbewerber an der Ausschreibung teilnimmt, was den Wettbewerb verstärkt (Zirlick/Bangerter, a.a.O., Art. 5 N. 556). Dass die Massnahmen ein solches Verhalten untersagen, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend.

#### **E. 5.4.3.3**

Die Beschwerdeführerin macht ebenfalls geltend, die Vorinstanz verbiete auch den zulässigen Informationsaustausch. So verbiete sie den Austausch unabhängig von der Wettbewerbswirkung. Beim Verbot der Gebietsabrede fehle der Bezug zum konkreten Fall. Die Vorinstanz verbietet den Informationsaustausch nicht gesamthaft, sondern schränkt das Verbot massgeblich ein. So ist in Ziffer 1.2 der Austausch nur im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen und vor Ablauf der Offerteingabe bzw. vor rechtskräftiger Auftragserteilung verboten. Weiter wird die Massnahme sachlich auf den Informationsaustausch über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebiete eingeschränkt. Dabei handelt es sich um fundamentale Wettbewerbsparameter, welche jedes Unternehmen im Sinne des Wettbewerbspostulats autonom festzulegen hat. Ausserdem sind Ausnahmen definiert (ARGE und Auftragserfüllung als Subunternehmer). In Ziffer 2 sind die Massnahmen in Bezug auf die Erbringung von Hochbauleistungen ähnlich begrenzt. Die Massnahmen der Vorinstanz sind damit klar umrissen (vgl. zum Bestimmtheitsgebot: unten E. 6.3) und der Informationsaustausch wird nicht schon als solcher oder gesamthaft verboten. Die Vorinstanz verbietet neben der Aufteilung von Kunden auch diejenige von Gebieten. Wohl trifft zu, dass der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren keine Aufteilung räumlicher Geschäftsgebiete vorgeworfen wird. Die Unzulässigkeit einer Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartner bildet einen gesetzlichen Abredetypus, der in Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG geregelt wird. Die Anordnung, dass auch die Aufteilung nach Gebieten untersagt wird, wiederholt nur, was bereits kraft Gesetz gilt und konkretisiert in Bezug auf die Ausschreibung von Strassenbauleistungen die aufgrund des Kartellgesetzes geltende Rechtslage. Der Beschwerdeführerin wird damit eine Verhaltenspflicht auferlegt, welche sich auf Art. 5 KG stützen lässt, weshalb die Massnahme auch insoweit nicht zu beanstanden ist.

#### **E. 5.4.3.4**

Die Verbote sollen die Beschwerdeführerin davon abhalten, sich erneut in ähnlicher Weise wettbewerbswidrig zu verhalten. Das Verhalten, das für die Zukunft verboten wird, muss einen Bezug zur Begehung in der Vergangenheit aufweisen. Ein hinreichender Bezug genügt, damit die Massnahme als erforderlich erscheint. Ein Verbot, das ein und dasselbe Verhalten untersagen würde, wäre von vornherein wirkungslos, weil es nicht wiederholbar ist. Der Beschwerdeführerin kann deshalb nicht gefolgt werden, soweit sie eine weitergehende Einschränkung des sachlich relevanten Marktes verlangt. Sie verlangt, die Massnahme sei einzuschränken auf den Markt gegenüber dem Kanton Graubünden und die Bündner Gemeinden (Dispositiv-Ziff. 1) sowie auf die öffentlichen und privaten Bauherren (Dispositiv-Ziff. 2). Der sachlich relevante Markt wird nach dem Bedarfsmarktkonzept bestimmt. Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite (vgl. BGE 139 I 72 Publigruppe E. 9.2.3.1). Da die Marktgegenseite jede Nachfrage und nicht nur diejenige im vorliegenden Verfahren umfasst, genügt es, den sachlich relevanten Markt auf den Marktgegenstand einzuschränken. Die Vorinstanz hat ihn zutreffend auf die Erbringung von Strassenbauleistungen bzw. auf die Erbringung von Hochbauleistungen eingeschränkt. Der sachlich relevante Markt wird damit abgegrenzt über die funktionell austauschbaren Dienstleistungen, welche die Beschwerdeführerin erbringt. Eine weitergehende Einschränkung ist nicht angezeigt.

#### **E. 5.4.4**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Massnahmen enthielten keine räumliche Beschränkung. Dass sich die von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen auf die ganze Schweiz erstrecken, ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin ist gesamtschweizerisch tätig. Die angesprochene Wiederholungsgefahr besteht deshalb auch für die gesamte Schweiz. Der Verzicht auf eine örtliche Begrenzung der Massnahmen auf Süd- und Nordbünden (für den Strassenbau) und einen Teil des Churer Rheintales (für den Hochbau) ist im Sinne des Verhältnismässigkeitsgebots erforderlich.

#### **E. 5.4.5**

Die Beschwerdeführerin verlangt, dass die Massnahmen zeitlich eingeschränkt werden. Die Massnahmen ergehen aufgrund der vergangenen Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht und verbieten gleiche Verstösse für die Zukunft. Sie konkretisieren kartellrechtliche Pflichten, die sich aus dem Kartellgesetz ergeben, wo sie ebenfalls unbefristet gelten. Eine Befristung ist deshalb nicht angebracht. Damit die Massnahmen durchgehend wirken, ist es erforderlich, dass sie ohne Befristung ergehen.

#### **E. 5.4.6**

Die Beschwerdeführerin wendet sich sodann in persönlicher Hinsicht gegen die Massnahmen. Die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 seien mit Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich überschüssend, da sie nicht nach der betroffenen Bauherrschaft eingegrenzt würden. Auch dazu ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin sowohl im Strassen- als auch im Hochbau gesamtschweizerisch tätig ist. Die mit ihr zusammenarbeitende Bauherrschaft setzt sich nicht bloss aus den Bündner Gemeinden (ohne Misox) und dem Kanton Graubünden bzw. den Bauherren aus dem Club-Quattro-Untersuchungsgebiet zusammen. Das Risiko, dass die Beschwerdeführerin erneut gegen Wettbewerbsrecht verstösst, beschränkt sich somit nicht auf die aufgezählte Bauherrschaft. Daher ist es erforderlich, den persönlichen Anwendungsbereich der

Massnahmen nicht einzuschränken. Die Anordnung der ausgesprochenen Massnahmen ist in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht genügend eingeschränkt und erforderlich mit Blick auf das im öffentliche Interesse angestrebte Ziel.

#### **E. 5.5**

Die Massnahmen sind nur gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff wahren (Zumutbarkeit). Das öffentliche Interesse an der Massnahme muss das private Interesse überwiegen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 556 f.). Die Massnahmen in Dispositiv-Ziffer 1 und 2 sind für die Beschwerdeführerin ohne weiteres zumutbar. Das öffentliche Interesse am reibungslosen Funktionieren des Wettbewerbs und der Verhinderung erneuter Verstösse gegen kartellrechtliche Pflichten ist gewichtig. Demgegenüber ist das Interesse der Beschwerdeführerin, dass die Massnahme nicht erlassen wird, eher geringfügig. Die Kartellrechtspflichten, die kraft Gesetzes gelten, werden durch die Massnahmen individuell konkretisiert. Verhält sich die Beschwerdeführerin in Zukunft wettbewerbskonform, hat sie nichts zu befürchten. Der Eingriff wiegt nicht schwer und ist durch das übergeordnete Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs gerechtfertigt. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die der Beschwerdeführerin auferlegten Verhaltenspflichten verhältnismässig sind. Demzufolge gibt es keinen Anlass, die Massnahmen einzuzugrenzen. Die Eventualanträge auf Einschränkung sind abzuweisen.

#### **E. 6**

Die Beschwerdeführerin betrachtet die Massnahmen als unbestimmt.

##### **E. 6.1**

Die Vorinstanz bestimmt die Massnahmen in der Verfügung dadurch, dass sie der Beschwerdeführerin untersagt (vgl. Dispositiv-Ziff. 1), Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten; sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist - oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung - über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebieten auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer. Die Vorinstanz untersagt der Beschwerdeführerin (vgl. Dispositiv-Ziff. 2), Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hochbauleistungen um Informationen über die Interessenlage der Konkurrenten und Konkurrentinnen an noch nicht vergebenen Hochbauprojekten anzufragen sowie Konkurrenten und Konkurrentinnen Auskünfte über die eigene Interessenlage an noch nicht vergebenen Hochbauprojekten anzubieten oder zu geben. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit: a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

##### **E. 6.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Formulierungen der Massnahmen seien in verschiedener Hinsicht unbestimmt. Begriffe wie "Schutz" oder "Stützofferte" würden einen erheblichen Ermessensspielraum offenlassen (Dispositiv-Ziff. 1.1). Auch sei für sie

nicht hinreichend erkennbar, unter welchen Voraussetzungen Informationen "unabdingbar" seien (Dispositiv-Ziff. 1.2 und 2). In Hinblick auf Dispositiv-Ziffer 1.2 fehle es an der zeitlichen Bestimmbarkeit. Unklar sei die Passage "vor Ablauf der Offerteingabefrist - oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung". Bei Privaten fehle es an einem Zuschlagsentscheid und bei gewissen öffentlichen Vergabeverfahren sei der Zeitpunkt der Rechtskraft nicht einheitlich bestimmbar.

### **E. 6.3**

Die Massnahme muss im Dispositiv genügend bestimmt formuliert sein, damit der Adressat das geforderte Verhalten erkennen kann (Urteil des BVGer B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 Flughafen Zürich AG - Valet Parking E. 4.2.2; Tagmann/Zirlick, a.a.O., Art. 50 N. 8; Peter Reinert, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, Art. 50 N. 3; Tschudin, a.a.O., Art. 50 N. 20). Die Vorinstanz führt zutreffend aus, dass das Bestimmtheitsgebot nicht verlangt, die Massnahmen im Dispositiv bis ins letzte Detail zu umschreiben. Eine gewisse Abstraktheit der Formulierung der verbotenen Verhaltensweisen ist hinzunehmen, weil keine Formulierung sie ausschliessen kann. Eine allgemeine Verpflichtung, nicht gegen das Wettbewerbsrecht zu verstossen, wäre aber zu wenig klar umschrieben. Um zu bestimmen, welches Verhalten dem Verfügungsadressaten verpflichtend auferlegt wird, ist die Entscheidbegründung heranzuziehen (vgl. Tagmann/Zirlick, a.a.O., Art. 50 N. 8). Wie die Vorinstanz richtig ausführt, ist das Ziel der Massnahmen, vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen künftig zu verhindern (vgl. angefochtene Verfügung N. 534; vgl. auch oben E. 5.3). Unter dieser Zielsetzung müssen auch die auferlegten Verhaltenspflichten gesehen werden. Die Vorinstanz schränkt die Massnahmen sachlich auf den Strassenbau (Dispositiv-Ziff. 1) und den Hochbau (Dispositiv-Ziff. 2) ein. Sie verbietet der Beschwerdeführerin einerseits das Anfragen und Anbieten von Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf Offerteingaben (Dispositiv-Ziff. 1.1), andererseits den Austausch mit Konkurrenten über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten (Dispositiv-Ziff. 1.2; mit Ausnahmen: ARGE und Mitwirkung als Subunternehmer) bzw. das Anfragen über die Interessenlage der Konkurrenten und das Geben und Anbieten von Auskünften über die eigene Interessenlage (Dispositiv-Ziff. 2; mit Ausnahmen: ARGE und Mitwirkung als Subunternehmer). Die Unterlassungsanordnungen beziehen sich damit spezifisch auf Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Strassen- und Hochbau. Die Verbote haben einen unmittelbaren Bezug zu den von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall begangenen Wettbewerbsverstössen. Mit Blick auf den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt (vgl. angefochtene Verfügung N. 102 ff.), welchen die Beschwerdeführerin so akzeptiert hat, ist damit hinreichend klar, welche Verhaltensweisen die Vorinstanz zukünftig verhindern will. Unter diesem Aspekt sind die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Begrifflichkeiten nach Treu und Glauben auszulegen. Auf jeden Fall kann festgehalten werden, dass die von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen genügend bestimmt sind.

### **E. 7**

Die Beschwerdeführerin rügt, das Gleichbehandlungsgebot sei verletzt. Das Gleichbehandlungsgebot fliesst aus Art. 8 Abs. 1 BV und besagt, dass juristische Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu behandeln sind. Dieselbe Behörde darf nicht ohne sachlichen Grund zwei rechtlich gleiche Sachverhalte unterschiedlich beurteilen (BGE 112 Ia 193 E. 2b). Die Beschwerdeführerin macht geltend, durch das

Verbot zulässiger Verhaltensweisen werde sie gegenüber den Konkurrenten benachteiligt, die von der Verfügung nicht betroffen seien. Das Gebot der Gleichbehandlung ist nicht verletzt. Die Massnahmen nach Ziffer 1 und 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung werden der Beschwerdeführerin auferlegt, weil sie gegen Wettbewerbsrecht verstossen hat. Wie die obigen Ausführungen zeigen, halten sie vor Bundesrecht stand. Die von der Beschwerdeführerin behauptete Ungleichbehandlung basiert auf sachlichen Gründen. Daher kann sie aus dem Vergleich mit Wettbewerbern, die von der angefochtenen Verfügung nicht betroffen sind, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

## **E. 8**

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Verfahrenskostenaufgabe.

### **E. 8.1**

Die Wettbewerbsbehörden erheben Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Artikeln 26-31 (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG). Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 53a Abs. 2 KG). Der Bundesrat legt die Gebührensätze fest und regelt die Gebührenerhebung (Art. 53a Abs. 3 KG). Gestützt hierauf hat der Bundesrat die Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG [GebV-KG, SR 251.2]) erlassen. Gemäss dieser ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 GebV-KG). Dabei gilt ein Stundensatz von Fr. 100.- bis 400.- je nach Dringlichkeit des Geschäfts und Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG). Gebühren unterliegen dem Kostendeckungs- und dem Äquivalenzprinzip (Urteil des BVGer B-1703/2013 vom 31. Juli 2013 E. 3.1). Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot. Die Gebühr muss im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert, den die staatliche Leistung für den Abgabepflichtigen hat, stehen. Pauschalisierungen sind aus Gründen der Verfahrensökonomie zulässig (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2777 ff., insbes. Rz. 2786 ff.). Die Bestimmung der Höhe der Verfahrenskosten im Einzelfall liegt im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz. Die von der Vorinstanz erhobenen Verfahrenskosten haben dabei in einem angemessenen Verhältnis zum tatsächlichen Aufwand zu stehen (Urteil des BVGer B-7095/2013 vom 6. August 2014 E. 9.1 m.w.H.).

### **E. 8.2**

Die Vorinstanz führt zu den Kosten aus, die vorliegende Untersuchung sei mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung "22-0433: Bauleistungen Graubünden" getrennt worden. Vom bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand werde ein Anteil von Fr. 550'000.- dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Dies sei rund ein Drittel der gesamten Verfahrenskosten. Ein Teil sei den Parteien in den anderen Verfahren auferlegt worden und ein Teil gehe zu Lasten der Staatskasse. Es müsse insbesondere betont werden, dass die Ermittlungen für den Bereich Strassenbau den Hauptanteil des Verfahrensaufwandes für die Zeit vor dem 23. November 2015 generiert hätten, weshalb die Zurechnung von rund einem Drittel angemessen sei. Nach der Verfahrenstrennung seien Kosten in der Höhe von Fr. 293'049.- aufgelaufen, weshalb die Verfahrenskosten insgesamt Fr. 843'049.- betragen würden. Die Gesamtkosten seien wie folgt aufzuteilen. 10 Prozent der Kosten seien von der Staatskasse zu tragen für Abklärungen, bei denen sich die Vorwürfe nicht erhärtet hätten oder welche nicht in diesem Verfahren beurteilt worden seien. 80 Prozent betrage der Anteil an der Wettbewerbsabrede betreffend Zuteilung von Strassenbauprojekten, und 10 Prozent

betrage der Anteil der Abrede hinsichtlich des systematischen Interessensausgleiches im Bereich Hochbau. Diese Kosten würden den beteiligten Unternehmen zu gleichen Teilen auferlegt. Die Beschwerdeführerin habe daher Verfahrenskosten von Fr. 77'279.- zu tragen. Die Verfahrenskosten seien rechtmässig und sachgerecht. Die Kosten entsprächen gängiger Praxis und es bestehe im Bereich der Festsetzung der Verfahrenskosten sowie der Verteilungsquoten ein Ermessen. Eine gewisse Pauschalisierung einer Kostenquotelung sei hinzunehmen.

### **E. 8.3**

Die Beschwerdeführerin führt diesbezüglich aus, die Vorinstanz rechne Fr. 550'000.- aus dem Verfahren "22-0433: Bauleistungen Graubünden" dem vorliegenden Verfahren zu. Diese Zuteilung halte einem Vergleich mit der Verfügung der Vorinstanz im Verfahren Engadin I (Verfügung der Vorinstanz vom 26. März 2018 Engadin I, abrufbar unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>, besucht am 03.08.2021) nicht stand. Diesem Verfahren sei lediglich ein Anteil von Fr. 440'000.- der Kosten vor Verfahrenstrennung zugerechnet worden, obwohl die entsprechende Verfügung deutlich umfangreicher sei und die Kosten nach der Verfahrenstrennung mit Fr. 290'000.- fast exakt gleich hoch ausgefallen seien. Die Zuteilung sei unverhältnismässig. Sie hätte begründet werden müssen. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens seien um mindestens Fr. 110'000.- zu reduzieren. Weiter scheide die angefochtene Verfügung lediglich Verfahrenskosten in der Höhe von 10 Prozent zugunsten der Staatskasse aus für Sachverhalte, die einzustellen seien, sich nicht erhärtet hätten oder in einem anderen Verfahren beurteilt worden seien. Gemäss Vorinstanz hätten weder die Anhaltspunkte für eine Preis- und Geschäftspartnerabrede im Hochbau noch die gemäss Untersuchungseröffnung bestehenden Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden im Tiefbau sowie in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau vorgelagerten Märkte bestätigt werden können. Bei ersteren sei aufgrund der Erwägungen der Vorinstanz davon auszugehen, dass auch nach Verfahrenstrennung Kosten entstanden seien. Zudem wären im Rahmen der Begründungspflicht die genauen Kosten offenzulegen und ihr Anfallen im Detail zu erläutern gewesen. Dies habe die Vorinstanz versäumt.

### **E. 8.4**

Die Vorinstanz nahm am 23. November 2015 eine Verfahrenstrennung vor. Sie trennte das Verfahren "22-0433: Bauleistungen Graubünden" in mehrere Nachfolgeverfahren auf (vgl. oben Sachverhalt A.e) und rechnete Fr. 550'000.- dem Verfahren "22-0457: Bauleistungen Graubünden" zu. Sie wies die im Verfahren "22-0433: Bauleistungen Graubünden" angefallenen Kosten detailliert aus (Vorakten Verfahren "22-0457: Bauleistungen Graubünden" act. VI.55). Die Beschwerdeführerin beanstandet weder die Höhe der insgesamt angefallenen Kosten noch einzelne Kostenpositionen in der Abrechnung der Vorinstanz. Sie bringt einzig vor, die Zuteilung der im Verfahren "22-0433: Bauleistungen Graubünden" angefallenen Kosten von Fr. 550'000.- halte einem Vergleich mit der Verfahren Engadin I, dem ein Kostenanteil von Fr. 440'000.- zugerechnet werde, nicht stand. Zur Begründung trägt sie vor, die Verfügung im Verfahren Engadin I sei umfangreicher gewesen und nach der Verfahrenstrennung in die beiden Verfahren seien gleich hohe Kosten angefallen. Die Zuteilung sei unverhältnismässig und verletze die Begründungspflicht. Allein aus einer längeren Verfügung und den nach der Verfahrenstrennung in den jeweiligen Verfahren angefallenen Kosten kann die Beschwerdeführerin nicht ableiten, wie die Verteilung der vor der Verfahrenstrennung

angefallenen Kosten vorzunehmen gewesen wäre. Die Vorinstanz führt zur Verteilung aus, die Ermittlungen im Bereich Strassenbau hätten den Hauptteil des Verfahrensaufwandes in der Zeit vor dem 23. November 2015 ausgemacht, weshalb die Zurechnung von rund einem Drittel der Kosten angemessen sei. So habe sie Hausdurchsuchungen, diverse Einvernahmen und mündliche Ergänzungen der Selbstanzeigen, Amtshilfebegehren und Auskunftsbegehren in Zusammenhang mit den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstössen durchgeführt. Den Ausführungen der Vorinstanz ist zuzustimmen, zumal eine gewisse Pauschalisierung auch mit Bezug auf die Aufteilung der Kosten zulässig ist (oben E. 8.1). Die Vorinstanz konnte zu Beginn des Verfahrens noch nicht von einer späteren Trennung ausgehen, weshalb ihr vorliegend aufgrund der Komplexität des Sachverhaltes nicht zugemutet werden kann, im Nachhinein jede einzelne Untersuchungshandlung einem bestimmten Verfahren zuzuordnen. Aufgrund der aufwendigen Untersuchungen des Sekretariats betreffend die Wettbewerbsabreden im Bereich Strassenbau (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 29 ff.) und der Komplexität des Sachverhaltes (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 102 ff.) erscheint die Zuteilung von rund einem Drittel der vor dem 23. November 2015 angefallenen Kosten, insgesamt Fr. 550'000.-, als sachgerecht. Dies auch in Anbetracht des grossen Ermessens, das der Vorinstanz bei der Festsetzung der Gebühr zukommt (oben E. 8.1). Eine Verletzung des Äquivalenzprinzips, wie es die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht, oder eine andere Verletzung von Bundesrecht ist jedenfalls nicht ersichtlich. Auch eine Verletzung der Begründungspflicht bezüglich der Verlegung der Kosten lässt sich nicht ausmachen. So hat, wie die vorhergehenden Ausführungen zeigen, die Vorinstanz die wesentlichen Überlegungen genannt, auf welche sie sich stützt (oben E. 8.2; vgl. zur Begründungspflicht BGE 136 I 184 E. 2.2.1). Die Rüge geht fehl.

#### **E. 8.5**

Die Vorinstanz schied 10 Prozent der gesamten Verfahrenskosten zulasten der Staatskasse aus. Die Ausscheidung betrifft sowohl Kosten, die vor der Verfahrenstrennung, als auch solche, die nach dem 23. November 2015 entstanden sind. Einerseits beinhaltet dies Kosten, welche im Zusammenhang mit Parteien, gegen welche das Verfahren eingestellt wurde, entstanden sind. Andererseits solche, welche durch die Abklärung von Vorwürfen entstanden sind, die sich nicht erhärtet haben oder nicht in diesem Verfahren beurteilt wurden (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 646). Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätten auch in weiteren Bereichen Anhaltspunkte bestanden, die nicht hätten bestätigt werden können. Sie substantiiert jedoch nicht, inwiefern die ausgeschiedenen 10 Prozent der Gesamtkosten zu gering ausgefallen sind. Wie dargelegt, ist bei der Aufteilung der Kosten eine gewisse Pauschalisierung hinzunehmen (oben E. 8.1). Angesichts der aufwendigen Untersuchungen, die zum Resultat geführt haben, dass zahlreiche Unternehmen an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt waren, erscheint eine Ausscheidung von 10 Prozent der Kosten als angemessen. Die Vorinstanz hält schliesslich fest, für welche Sachverhalte den Parteien keine Kosten auferlegt wurden, und zählt diese beispielhaft auf (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 646). Sie hat damit die wesentliche Entscheidungsgrundlage genannt und der Begründungspflicht ist Genüge getan. Aufgrund der Komplexität der Verfahren kann nicht verlangt werden, dass die Vorinstanz jede einzelne Untersuchungshandlung im Nachhinein nochmals zuordnet (oben E. 8.4). Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Reduktion der Verfahrenskosten ist abzuweisen.

#### **E. 9**

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. 10**

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [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. 8'500.- festzusetzen. Der unterliegenden Beschwerdeführerin 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.