

Urteilskopf

148 II 475

36. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen Wettbewerbskommission (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_782/2021 vom 14. September 2022

Regeste (de):

Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BV; Art. 30 Abs. 1 KG; Unterlassungsanordnung als Massnahme; Gesetz- und Verhältnismässigkeit der Anordnung.

Allgemeines zum Zweck des Kartellgesetzes und zu Art. 30 Abs. 1 KG (E. 3).

Die Anwendung von Art. 30 Abs. 1 KG beschränkt sich bei direkt sanktionierbaren Tatbeständen nicht auf die Fälle, in denen eine Wettbewerbsbeschränkung im Zeitpunkt der Verfügung noch besteht und beseitigt werden muss. Die Norm lässt auch Massnahmen zu, die präventiv ausgesprochen werden, jedenfalls solange diese darauf abzielen, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung zu verhindern (E. 4).

Die gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG von der WEKO verfügte Unterlassungsanordnung erweist sich im Lichte der bestehenden Wiederholungsgefahr in sachlicher, räumlicher, persönlicher sowie in zeitlicher Hinsicht als verhältnismässig (E. 5).

Regeste (fr):

Art. 5 al. 1 et al. 2 Cst.; art. 30 al. 1 LCart; injonction de cessation en tant que mesure; légalité et proportionnalité de l'injonction.

Généralités sur le but de la loi sur les cartels et sur l'art. 30 al. 1 LCart (consid. 3).

L'application de l'art. 30 al. 1 LCart ne se limite pas, pour les faits directement sanctionnables, aux cas dans lesquels une restriction à la concurrence existe encore au moment de la décision et doit être éliminée. La norme autorise également des mesures qui sont prononcées à titre préventif, du moins tant qu'elles visent à empêcher la répétition de la restriction à la concurrence constatée (consid. 4).

L'injonction de cessation ordonnée par la COMCO sur la base de l'art. 30 al. 1 LCart s'avère, à la lumière du risque de répétition existant, proportionnée du point de vue matériel, spatial, personnel et temporel (consid. 5).

Regesto (it):

Art. 5 cpv. 1 e cpv. 2 Cost.; art. 30 cpv. 1 LCart; ingiunzione di cessazione quale misura; legalità e proporzionalità dell'ingiunzione.

Considerazioni generali in merito all'obiettivo della legge sui cartelli e all'art. 30 cpv. 1 LCart (consid. 3).

In relazione a fattispecie direttamente sanzionabili, l'applicazione dell'art. 30 cpv. 1 LCart non è circoscritta ai casi nei quali, al momento in cui è presa la decisione, una limitazione della concorrenza è ancora esistente e va soppressa. La norma autorizza anche misure che sono pronunciate a titolo preventivo; in ogni caso, quando mirano a impedire il ripetersi della limitazione della concorrenza che è stata constatata (consid. 4).

Alla luce del rischio di ripetizione esistente, l'ingiunzione di cessazione ordinata dalla COMCO sulla base dell'art. 30 cpv. 1 LCart è proporzionata sia dal punto di vista materiale, che spaziale, personale e temporale (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 476

BGE 148 II 475 S. 476

A. Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission gegen die A. AG und mehrere weitere Unternehmen eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) wegen Verdachts auf Wettbewerbsverstösse. Die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung erfolgte am 13. November 2012 (vgl. BBl 2012 8999). Bereits am 1. November 2012 reichte die A. AG einen Marker für eine Selbstanzeige ein. Am 22. April 2013

BGE 148 II 475 S. 477

wurde die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt. Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilte das Sekretariat der A. AG mit, dass deren Selbstanzeige zuerst eingegangen sei und es die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass einer allfälligen Sanktion als gegeben erachte. Im Rahmen der Untersuchungen stellte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zwei Sachverhaltskomplexe fest, die sie einer rechtlichen Würdigung unterzog: Die A. AG habe sich von 2004 bis Mai 2010 mit weiteren Unternehmen an regelmässigen Zuteilungssitzungen zusammengefunden. Dabei habe Konsens bestanden, die in Nord- und Südbünden vom Kanton Graubünden und von dessen Gemeinden vergebenen Strassenbauprojekte untereinander aufzuteilen. Die Zuteilung sei anhand von Anteilsquoten erfolgt. Die designierte Zuschlagsempfängerin sollte dabei die niedrigste, die übrigen anbietenden Unternehmen höhere Angebotssummen einreichen. Diesen Sachverhalt würdigte die WEKO als unzulässige Preis- und Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a und lit. c KG. Ausserdem habe sich die A. AG im Zeitraum von 2006 bis 2012 zusammen mit drei weiteren Unternehmen an regelmässigen "Club Quattro"-Sitzungen über ihre Interessenlage mit Blick auf die im Churer Rheintal vergebenen Hochbauprojekte ausgetauscht und diese Informationen bei der Erstellung der Offerten berücksichtigt. Diesen Sachverhalt würdigte die WEKO als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG.

B. In der Folge erliess die WEKO der A. AG die Sanktion vollständig und verfügte am 19. August 2019 mit Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 5, was folgt: "1.

Der [...]A. AG [...]wird untersagt,

1.1.

Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten; 1.2 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. 2.

Der [...]A. AG [...]wird untersagt, 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. [...]

5.

Die Verfahrenskosten betragen CHF 843 049 und werden folgendermassen auferlegt: [...]

5.7

Die A. AG trägt CHF 77 279.

[...]”.

Gegen die Verfügung vom 19. August 2019 erhob die A. AG am 3. Oktober 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, es seien die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 in Bezug auf die A. AG aufzuheben und es seien die in der Dispositiv-Ziffer 5.7 der A. AG auferlegten Verfahrenskosten auf maximal Fr. 67'196.20 zu reduzieren. Eventualiter seien die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 in Bezug auf die A. AG in sachlicher, persönlicher, räumlicher und in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt anzuordnen. Die Beschwerdeführerin begründete die Anträge im Wesentlichen damit, die Massnahmen seien unzulässig, unverhältnismässig und würden gegen das Bestimmtheitsgebot sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz verstossen. Zudem sei die Kostenzuteilung auf das vorliegende Verfahren unverhältnismässig und der Abzug der vom Staat zu tragenden Kosten zu gering. Mit Urteil vom 9. August 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

C. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 1. Oktober 2021 gelangt die A. AG an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung des Urteils vom 9. August 2021 und der Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Verfügung vom 19. August 2019 in Bezug auf die A. AG. Eventualiter sei die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 19. August 2019 in Bezug auf die A. AG ausschliesslich für den relevanten Markt für die Erbringung von Strassenbauleistungen gegenüber dem Kanton Graubünden und den Graubündner Gemeinden (ohne Misox) im Gebiet Nordbünden sowie Südbünden (Bergell, Engadin, Region Bernina und Münstertal) sowie zeitlich beschränkt auf fünf Jahre seit Rechtskraft der Verfügung anzuordnen. Ebenfalls eventualiter sei die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung vom 19. August 2019 in Bezug auf die A. AG ausschliesslich für den relevanten Markt für die Erbringung von Hochbauleistungen gegenüber öffentlichen und privaten Bauherren im Gebiet des Wirtschaftsraums zwischen Reichenau und Landquart auf einer Strecke von 25 km entlang des Rheins (Teil des Churer Rheintals) sowie zeitlich beschränkt auf fünf Jahre seit Rechtskraft der Verfügung anzuordnen. Subeventualiter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die WEKO zurückzuweisen. Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet, beantragt die WEKO, die Beschwerde sei abzuweisen und die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Verfügung vom 19. August 2019 seien in Bezug auf die Beschwerdeführerin zu bestätigen. Die Beschwerdeführerin repliziert mit Eingabe vom 25. November 2021. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Das Kartellgesetz bezweckt gemäss Art. 1 KG, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

3.1 Die Umsetzung dieses Zwecks erfolgt durch Regelungen zu Abreden (vgl. Art. 5 KG), zu Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (vgl. Art. 7 KG) sowie zu Unternehmenszusammenschlüssen (vgl. Art. 9 f. KG) und hauptsächlich in der Form des Verwaltungsrechts sowie im Zuge eines Verwaltungsverfahrens (vgl. BGE 148 II 182 E. 3.1). Das Kartellrecht als Verwaltungsrecht

BGE 148 II 475 S. 480

auferlegt seinen Adressaten zahlreiche Pflichten. Zur Sicherstellung der Erfüllung dieser Pflichten hat der Gesetzgeber präventive und repressive Verwaltungsmassnahmen sowie Verwaltungssanktionen (vgl. Art. 30 Abs. 1 KG, Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 50 KG), aber auch Strafsanktionen (vgl. Art. 54 f. KG) vorgesehen.

3.2 Im zweiten Abschnitt des vierten Kapitels zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Verfahrens bestimmt Art. 30 Abs. 1 KG (Entscheid), dass die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung entscheidet.

3.2.1 Die Bestimmung von Art. 30 KG geht auf die Totalrevision des Kartellgesetzes aus dem Jahre 1994 zurück (vgl. AS 1996 546 ff., S. 554; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., 604 f.; vgl. auch IZUMI/KRIMMER, in: KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühle [Hrsg.], 2018, N. 2 zu Art. 30 KG; DUCREY/CARRON, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 1 f. zu Art. 30 KG). Sie blieb seither im Wortlaut unverändert. Sie war insbesondere nicht von der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2003 betroffen, die am 1. April 2004 in Kraft trat (vgl. AS 2004 1385 ff., S. 1390). Diese Gesetzesrevision führte in Art. 49a Abs. 1 KG die Möglichkeit direkter Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen ein, um die Präventivwirkung des Kartellgesetzes zu erhöhen (vgl. Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes [nachfolgend: Botschaft 2001], BBl 2002 2022 ff., 2023; vgl. auch TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2. Aufl. 2021, N. 1 ff. zu Art. 49a KG; ROTH/BOVET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 1 ff. zu Art. 49a KG).

3.2.2 Vor der Gesetzesrevision im Jahr 2003 konnten die Wettbewerbsbehörden Unternehmen nur verpflichten, kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zu unterlassen. Erst im Wiederholungsfall - mithin bei der Verletzung einer Verfügung der WEKO - waren gestützt auf Art. 50 KG (indirekte) Sanktionen zulässig. Diese Regelung gilt heute für alle in Art. 49a Abs. 1 KG nicht genannten Verstösse

BGE 148 II 475 S. 481

gegen das Kartellgesetz fort sowie für jene Fälle des Art. 49a Abs. 1 KG, bei denen die Wettbewerbsbehörden in der Sache bereits entschieden haben (vgl. BGE 135 II 60 E. 2.1; Urteil 2C_43/2020 vom 21. Dezember 2021 E. 4.3, nicht publ. in: BGE 148 II 25). Im Zuge der Revision wurde neben der Einführung direkter Sanktionen auch Art. 50 KG entsprechend angepasst (vgl. AS 2004 1385 ff., S. 1387 f.; vgl. auch AS 1996 546 ff., S. 559; MOREILLON, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 50 KG).

4. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 1 BV, da die angeordneten Massnahmen unzulässig seien und die Vorinstanz diese in Verletzung des Legalitätsprinzips bestätigt habe.

4.1 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass die Anordnung von Massnahmen im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG nur in gewissen Situationen zulässig sei. Der Zweck von Art. 30 Abs. 1 KG - nämlich die Durchsetzung des Kartellrechts und die Verhinderung eines wiederholt kartellrechtswidrigen Verhaltens mittels indirekter Sanktionen - erlaube die Anordnung von Massnahmen nur dann, wenn keine direkte Sanktion möglich sei oder das kartellrechtswidrige Verhalten noch andauere. Demnach sei die Anordnung von Massnahmen bei direkt sanktionierbaren Tatbeständen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG lediglich zulässig, um zum Verfügungszeitpunkt andauernde Verstösse zu beseitigen. Bei der Wiederholung von beendetem Verhalten könne und müsse die WEKO dagegen ein neues Verfahren eröffnen und das entsprechende Verhalten direkt sanktionieren. Vorliegend seien diese Voraussetzungen nicht gegeben, da das kartellrechtswidrige Verhalten nicht mehr andauere und der von der Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 19. August 2019 erfasste Tatbestand direkt sanktionierbar sei. Die angeordneten Massnahmen seien mangels gesetzlicher Grundlage deshalb unzulässig.

4.2 Die Vorinstanz erwog, für die zu treffenden Massnahmen im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG bestehe ein weiter Ermessensspielraum, was mit der inhaltlich offenen Formulierung der Bestimmung angezeigt werde. Die Bestimmung schränke weder den Inhalt möglicher Massnahmen ein noch werde die Möglichkeit der Anordnung einer Massnahme auf bestimmte Fallkonstellationen beschränkt. Nach Auffassung der Vorinstanz kann es im Hinblick auf das öffentliche Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs sachgerecht sein, eine

BGE 148 II 475 S. 482

Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG mit einer Massnahme nach Art. 30 Abs. 1 KG zu verbinden. Massnahmen in Form von Unterlassungsanordnungen könnten, so die Vorinstanz weiter, auch mit dem Zweck angeordnet werden, einer drohenden erneuten Kartellrechtsverletzung vorzubeugen. Die Vorinstanz hielt zusammenfassend fest, eine Massnahme gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG sei zulässig, wenn ein Wettbewerbsverstoss nicht sanktionierbar sei oder wenn er sanktionierbar sei, aber eine Wiederholungsgefahr bestehe. Eine Massnahme könne - wie vorliegend - auch angeordnet werden, wenn sie an die Stelle einer Sanktion trete und zukunftsgerichtet einen erneuten Verstoss gegen Wettbewerbsrecht verhindern sollte, solange sie erforderlich, verhältnismässig und klar bestimmt sei.

4.3 Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Anwendung von Art. 30 Abs. 1 KG, demgemäss die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen entscheidet, inhaltliche Einschränkungen kennt oder durch die Möglichkeit, eine direkte Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG auszusprechen, beschränkt wird.

4.3.1 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, d.h. nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt

werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Insbesondere bei jüngeren Gesetzen sind auch die Gesetzesmaterialien zu beachten, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben und dem Gericht damit weiterhelfen (vgl. BGE 146 II 201 E. 4.1; BGE 144 III 100 E. 5.2; BGE 141 III 155 E. 4.2).

4.3.2 Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, die Kompetenz der WEKO, Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG anzuordnen, sei ein "Überbleibsel" aus der Zeit der indirekten Sanktionen vor dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 (vgl. E. 3.2 hiervor). Zunächst ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 KG lediglich die Kompetenz der WEKO,

BGE 148 II 475 S. 483

auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen zu entscheiden. Eine inhaltliche Einschränkung der möglichen Massnahmen oder eine Beschränkung auf gewisse Konstellationen oder Tatbestände kann der Bestimmung nicht entnommen werden. Auch aus den Materialien lässt sich zur Anwendung von Art. 30 Abs. 1 KG - namentlich zum Verhältnis zu den (später eingeführten) direkten Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG - nichts entnehmen (vgl. Botschaft 2001, a.a.O., S. 2022 ff.). Insbesondere wurde Art. 30 Abs. 1 KG im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2003 im Gegensatz zu Art. 50 KG nicht angepasst (vgl. E. 3.2.1 und 3.2.2 i.f. hiervor; vgl. auch AS 2004 1385 ff., S. 1387 f.). Eine Absicht des Gesetzgebers, die Anordnung von Massnahmen inhaltlich einzuschränken oder auf gewisse Konstellationen zu beschränken, ist weder vor noch nach der Einführung der Möglichkeit, direkte Sanktionen auszusprechen, zu erkennen.

4.3.3 Auch aus der systematischen Stellung von Art. 30 Abs. 1 KG ist eine Einschränkung nicht ersichtlich: In systematischer Hinsicht regelt Art. 30 Abs. 1 KG mit dem Antrag des Sekretariats und dem anschliessenden Entscheid der WEKO lediglich den Abschluss der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen (2. Abschnitt) im Zuge des verwaltungsrechtlichen Verfahrens (4. Kapitel). Im Weiteren bringt die Beschwerdeführerin zwar zutreffend vor, dass das Kartellgesetz bis zur Revision im Jahre 2003 lediglich die Möglichkeit von indirekten Sanktionen gekannt habe (vgl. E. 3.2.1 f. hiervor). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ergeben sich in systematischer Hinsicht jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Massnahme unzulässig wäre, wenn sie (neuerdings) neben einer direkten Sanktion ausgesprochen wird, zumindest solange sie zukunftsgerichtet angeordnet wird (vgl. auch Art. 30 Abs. 3 KG). Namentlich beschränkt sich die Anwendung von Art. 30 Abs. 1 KG nicht auf die Fälle, in denen eine Wettbewerbsbeschränkung im Zeitpunkt der Verfügung noch besteht und beseitigt werden muss.

4.3.4 Gerade mit Blick auf das öffentliche Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs kann es angezeigt sein, eine (direkte) Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG mit einer Massnahme gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG zu verbinden. Dies gilt insbesondere, wenn - wie vorliegend (vgl. E. 5.3 hiernach) - eine Wiederholungsgefahr besteht. Diesfalls vermag eine ausdrückliche Unterlassungsanordnung als Massnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG die Präventivwirkung des Kartellgesetzes zu erhöhen, was im Einklang mit dem Sinn und

BGE 148 II 475 S. 484

Zweck des Kartellgesetzes steht (vgl. Art. 1 KG; vgl. auch E. 3.2.1 i.f. hiavor). Eine solche Anordnung lässt sich im Hinblick auf den Einzelfall ausgestalten und konkreter fassen als der Gesetzestext. Damit ist es möglich, die (künftigen) Verhaltens- und Unterlassungspflichten mit Bezug auf den konkreten Sachverhalt der festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigung zu präzisieren, sodass die Wettbewerberin ihr Verhalten danach richten kann (vgl. auch MOREILLON, a.a.O., N. 7 zu Art. 50 KG). Ausserdem besteht bei Eintritt des Wiederholungsfalls die Möglichkeit, die Verletzung der angeordneten Massnahmen gestützt auf Art. 50 KG zu sanktionieren, da ein Verstoß gegen eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden vorliegt. Dies vereinfacht das (neuerliche) Sanktionsverfahren, da die verletzte Verfügung an sich in diesem Verfahren im Grundsatz nicht mehr zu überprüfen ist (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 20 zu Art. 50 KG; TSCHUDIN, in: KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], 2018, N. 6 zu Art. 50 KG; MOREILLON, a.a.O., N. 2 zu Art. 50 KG).

4.4 Art. 30 Abs. 1 KG lässt nach dem Gesagten auch Massnahmen zu, die präventiv und zukunftsgerichtet ausgesprochen werden, jedenfalls solange diese darauf abzielen, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung zu verhindern. Diesfalls stehen die Massnahmen mit dem Zweck des Kartellgesetzes gemäss Art. 1 KG im Einklang, wonach volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden sollen. Die Erhöhung der Präventivwirkung des Kartellgesetzes war denn auch die Absicht des Gesetzgebers bei der Einführung der Möglichkeit, direkte Sanktionen auszusprechen (vgl. E. 3.2.1 i.f. hiavor; Botschaft 2001, a.a.O., S. 2023 ff.). Folglich ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin die Anordnung von Massnahmen grundsätzlich auch bei eingestellten und direkt sanktionierbaren Tatbeständen zulässig, zumindest wenn eine Wiederholungsgefahr besteht.

5. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 2 BV, da die angeordneten Massnahmen unverhältnismässig seien und die Vorinstanz diese in Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bestätigt habe. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln verhältnismässig sein, d.h. sich im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel geeignet, erforderlich und zumutbar erweisen (vgl. BGE 146 I 157 E. 5.4).

BGE 148 II 475 S. 485

Beim in Art. 5 Abs. 2 BV verankerten Verhältnismässigkeitsgrundsatz handelt es sich nicht um ein verfassungsmässiges Recht, sondern um einen Verfassungsgrundsatz. Dieser Grundsatz kann im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten direkt und unabhängig von einem Grundrecht angerufen werden (vgl. BGE 141 I 1 E. 5.3.2; BGE 139 II 7 E. 7.3).

5.1 Die Beschwerdeführerin tut dar, es liege keine ausreichende Gefahr für ein wiederholt kartellrechtswidriges Verhalten vor. Die monierten Verstösse - so auch die vorliegend beurteilten Verhaltensweisen - lägen mehr als zehn Jahre in der Vergangenheit. Die Massnahmen seien daher nicht erforderlich (vgl. E. 5.3 hier nach). Ausserdem seien die angeordneten Massnahmen in sachlicher, persönlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht unverhältnismässig: In sachlicher Hinsicht verbiete die WEKO der Beschwerdeführerin unter anderem kartellrechtlich zulässiges Verhalten. Die WEKO ordne auch Massnahmen an, die keinen hinreichenden Bezug zum vorliegenden Verfahren hätten (vgl. E. 5.4 hiernach). Überdies beträfen die Massnahmen in persönlicher Hinsicht Bauherrschaften in Strassen- und Hochbauprojekten im Allgemeinen, obwohl die Verstösse nur bei Projekten festgestellt worden seien, die von den Gemeinden des Kantons Graubünden und dem Kanton Graubünden vergeben worden seien. In räumlicher Hinsicht träfen die angeordneten Massnahmen die Beschwerde-

führerin in der ganzen Schweiz. Eine allfällige Wiederholungsgefahr könne jedoch höchstens für diejenigen Gebiete angenommen werden, in denen die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen stattgefunden hätten (vgl. E. 5.5 hiernach). Ferner seien die angeordneten Massnahmen zeitlich unbeschränkt. Es lasse sich nicht rechtfertigen, der Beschwerdeführerin kartellrechtliche Verfehlungen zeitlich unbegrenzt entgegenzuhalten, zumal auch die Wiederholungsgefahr im Verlaufe der Zeit abnehme (vgl. E. 5.6 hiernach). Nach Auffassung der Beschwerdeführerin seien die Massnahmen unverhältnismässig und daher unzulässig. Eventualiter seien sie in sachlicher, persönlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht einzuschränken.

5.2 Nach Auffassung der Vorinstanz sind die durch die WEKO angeordneten Massnahmen in sachlicher, persönlicher, räumlicher sowie in zeitlicher Hinsicht genügend eingeschränkt und mit Blick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich. Die Massnahmen seien für die Beschwerdeführerin sodann zumutbar. Das öffentliche Interesse am reibungslosen Funktionieren des

BGE 148 II 475 S. 486

Wettbewerbs und der Verhinderung erneuter Verstösse gegen kartellrechtliche Pflichten sei gewichtig. Demgegenüber sei das Interesse der Beschwerdeführerin, dass die Massnahmen nicht erlassen würden, eher geringfügig. Die Kartellrechtspflichten, die kraft Gesetzes gälten, würden durch die Massnahmen individuell konkretisiert. Verhalte sich die Beschwerdeführerin in Zukunft kartellrechtskonform, so die Vorinstanz, habe sie nichts zu befürchten. Der Eingriff wiege nicht schwer und sei durch das übergeordnete Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs gerechtfertigt.

5.3 Mit Blick auf die umstrittene Wiederholungsgefahr bestreitet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Feststellung nicht, wonach sie bereits mehrmals an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt gewesen sei. Die Vorinstanz berücksichtigt, dass die Beschwerdeführerin mit Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 bereits wegen Submissionsabsprachen im Kanton Aargau sanktioniert worden ist. Ebenfalls sei die Beschwerdeführerin Adressatin der Verfügung vom 8. Juli 2016 im Kartellsanktionsverfahren in Sachen Bauleistungen See-Gaster. Auch ihre mittlerweile aufgelöste Tochtergesellschaft B. SA habe sich gemäss Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 kartellrechtswidrig verhalten. Zudem zähle die Beschwerdeführerin mit den beiden Verfügungen der WEKO vom 2. Oktober 2017 selbst weitere Verfahren im Kanton Graubünden auf, in die sie involviert sei und die ebenfalls Submissionsabsprachen beträfen. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die monierten Verstösse lägen mehr als zehn Jahre in der Vergangenheit, ist, soweit im Zeitpunkt der vorliegend massgebenden Verfügung vom 19. August 2019 überhaupt zutreffend, nicht ausschlaggebend. In Anbetracht der Vielzahl von kartellrechtlichen Verfahren, in die die Beschwerdeführerin involviert gewesen ist, darf ohne Weiteres ein gewisses Risiko angenommen werden, dass sie sich in Zukunft wieder kartellrechtswidrig verhält. Die Vorinstanz geht demnach zu Recht von einer Wiederholungsgefahr aus. Damit scheidet eine Unterlassungsanordnung als Massnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - nicht von vornherein aus.

5.4 Nach Auffassung der Beschwerdeführerin bestätigt die Vorinstanz in gesetzeswidriger Weise das angeordnete Verbot von kartellrechtlich zulässigem unilateralem Verhalten (vgl. E. 5.4.1 und 5.4.2 hiernach), das angeordnete Verbot von kartellrechtlich

BGE 148 II 475 S. 487

zulässigem Informationsaustausch (vgl. E. 5.4.3 hiernach) sowie von Massnahmen, die keinen Bezug zu den vorliegenden Kartellrechtsverstössen hätten (vgl. E. 5.4.4 hiernach). Die angeordneten Massnahmen gingen in sachlicher Hinsicht über das erforderliche Mass hinaus.

5.4.1 Die Beschwerdeführerin kritisiert, die WEKO verbiete ihr in der Dispositiv-Ziffer 1.1, um Schutz, Stützofferten oder um Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten. Damit pönalisiere die WEKO auch kartellrechtlich zulässiges unilaterales Verhalten. Dieser Vorwurf stösst ins Leere: Dass das Anfragen und Anbieten von Schutz, Stützofferten und Eingabeverzichten nach Auffassung der Beschwerdeführerin bei einseitigem, unilateralem Verhalten nicht zwingend kartellrechtswidrig sein muss, ist nicht massgebend. 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 (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG). Dass die Dispositiv-Ziffer 1.1 nicht ausdrücklich erläutert, das Anfragen und Anbieten von Schutz, Stützofferten und Eingabeverzichten müsse im Zusammenhang mit einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG stehen, ist nicht zu beanstanden. Es ergibt sich bereits aus Art. 2 Abs. 1 KG zum Geltungsbereich des Kartellgesetzes, dass das Gesetz für die Beschwerdeführerin unter anderem (nur) gilt, wenn sie eine Wettbewerbsabrede trifft. Die Anordnung kann damit nur in diesem Kontext gelesen und verstanden werden, womit auch kein Verbot zulässigen (unilateralen) Verhaltens vorliegt. Im Übrigen ist das Dispositiv eines Entscheids jeweils im Lichte seiner Begründung zu lesen (vgl. auch Urteil 4C.361/2005 vom 22. Februar 2006 E. 3.7; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 8b zu Art. 50 KG).

5.4.2 Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter, die WEKO verbiete in der Dispositiv-Ziffer 2 den Austausch von Informationen über die Interessenlage. Damit pönalisiere die WEKO ebenso kartellrechtlich zulässiges unilaterales Verhalten. Auch diese Rüge geht fehl: Eine Abrede kann sich zunächst durch eine Vereinbarung im Sinne einer übereinstimmenden Willensäusserung ergeben (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.1). Darüber hinaus gelten aber nicht nur Vereinbarungen als Wettbewerbsabreden, sondern

BGE 148 II 475 S. 488

auch abgestimmte Verhaltensweisen. Die abgestimmte Verhaltensweise grenzt sich durch den fehlenden Bindungswillen ab und bleibt dabei im Vorfeld einer Vereinbarung (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3 und 3.4.1). Unter bestimmten Voraussetzungen kann daher auch bereits das Anbieten von Informationen über die Interessenlage, wie es die WEKO in ihrer Unterlassungsanordnung mit Dispositiv-Ziffer 2 verbietet, eine Wettbewerbsabrede darstellen. Auch ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens kann dazu führen, dass Wettbewerberinnen gestützt auf die erhaltenen Informationen ihr Marktverhalten anpassen (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.2 und 3.4.4). Damit erfasst die Anordnung in der Dispositiv-Ziffer 2 ein potenziell kartellrechtswidriges Verhalten. Auch bei dieser Anordnung handelt es sich um eine Massnahme im Geltungsbereich des Kartellgesetzes, womit das Verbot der Verhaltensweise (offenkundig) im Kontext einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung stehen muss (vgl. Art. 2 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG). Es liegt kein Verbot zulässigen (unilateralen) Verhaltens vor.

5.4.3 Die Beschwerdeführerin kritisiert sodann, die WEKO verbiete in der Dispositiv-Ziffer 1.2 den Austausch über Offertpreise, Preiselemente sowie den Austausch über die Zu- und Aufteilung von Kunden, Kundinnen und Gebieten. Damit pönalisiere die WEKO auch den kartellrechtlich zulässigen Informationsaustausch. Der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen: Auch diesbezüglich gilt, dass der Informationsaustausch im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 KG und Art. 4 Abs. 1 KG zu lesen ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist nicht der Informationsaustausch an sich verboten, sondern nur, wenn damit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG). Die WEKO verbietet den Informationsaustausch über-

dies nicht gesamthaft, sondern schränkt das Verbot massgeblich ein. Das Verbot betrifft unter anderem nur den Austausch im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen und gilt lediglich vor Ablauf der Frist zur Offerteingabe. Weiter wird die Massnahme sachlich auf den Informationsaustausch über Offertpreise, Preiselemente sowie über die Zu- und Aufteilung von Kunden, Kundinnen und Gebieten eingeschränkt. Ausserdem sind Ausnahmen definiert. Der Informationsaustausch wird folglich weder als solcher noch gesamthaft verboten und das Verbot betrifft lediglich den kartellrechtswidrigen Informationsaustausch.

BGE 148 II 475 S. 489

5.4.4 Die Beschwerdeführerin beanstandet ferner, die WEKO verbiete in der Dispositiv-Ziffer 1.2 den Austausch über die Zu- und Aufteilung von Gebieten. Damit ergreife die WEKO eine Massnahme, die keinen Bezug zu den vorliegend festgestellten Kartellrechtsverstössen habe. Die Rüge ist unbegründet: Die WEKO verbietet neben dem Austausch über die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen auch den Austausch über die Zu- und Aufteilung von Gebieten. Es ist unter den Verfahrensbeteiligten dabei unbestritten, dass der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren keine Aufteilung von Märkten nach Gebieten vorgeworfen wird. Die Unzulässigkeit einer Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten bildet jedoch einen gesetzlichen Abredetypus, der in Art. 5 Abs. 3 lit. c KG geregelt wird. Die Anordnung, dass auch die Aufteilung nach Gebieten untersagt wird, wiederholt nur, was bereits kraft Gesetzes gilt. Sie 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 im Lichte der bereits festgestellten Kartellrechtsverstösse (vgl. E. 5.3 hiavor) - nicht zu beanstanden ist.

5.4.5 Nach dem Dargelegten sind die angeordneten Massnahmen in sachlicher Hinsicht nicht zu beanstanden.

5.5 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die angeordneten Massnahmen seien in räumlicher und persönlicher Hinsicht überschüssend. Die festgestellten Kartellrechtsverstösse bezögen sich nur auf den Kanton Graubünden und seien - wenn überhaupt - räumlich darauf einzuschränken. Überdies seien nur von Bündner Gemeinden (ohne Misox) und vom Kanton Graubünden vergebene Strassenbauprojekte Abredeobjekte des Strassenbaukartells gewesen. Die Anordnung der WEKO gehe in persönlicher Hinsicht aber über solche Bündner Bauherrschaften hinaus. Zu den Strassenbauleistungen, die beispielsweise der Bund, Private oder andere Kantone und Gemeinden nachfragten, fehle ein hinreichender Bezug. Der räumliche und persönliche Anwendungsbereich der Anordnungen sei unverhältnismässig.

5.5.1 Wie die Vorinstanz feststellt, ist die Beschwerdeführerin gesamtschweizerisch tätig. Die Wiederholungsgefahr besteht damit für die gesamte Schweiz, zumal die Beschwerdeführerin auch in

BGE 148 II 475 S. 490

Kartellrechtsverfahren ausserhalb des Kantons Graubünden involviert war (vgl. E. 5.3 hiavor). Eine räumliche Begrenzung der Massnahmen, wie eventualiter beantragt (vgl. Bst. C hiavor), musste die Vorinstanz unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nicht vornehmen.

5.5.2 Gleiches gilt mit Blick auf die von den Anordnungen erfassten Bauherrschaften. Die Bauherrschaften, mit denen die Beschwerdeführerin zusammenarbeitet, sind nicht bloss die Bündner Gemeinden (ohne Misox),

der Kanton Graubünden oder die öffentlichen und privaten Bauherren im Gebiet des Wirtschaftsraums zwischen Reichenau und Landquart auf einer Strecke von 25 km entlang des Rheins. Sie sind in der ganzen Schweiz zu finden. Das Risiko, dass die Beschwerdeführerin erneut gegen das Kartellgesetz verstösst, beschränkt sich somit nicht auf die im Eventualantrag aufgezählten Bauherrschaften. Die vorinstanzlich bestätigten Anordnungen der WEKO halten folglich auch in persönlicher Hinsicht dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz stand.

5.6 Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, eine zeitliche Beschränkung der Massnahmen sei unabdingbar. Sowohl die Erforderlichkeit als auch die Wiederholungsgefahr nehme mit dem Lauf der Zeit ab. Eine festgestellte Verfehlung könne der fehlbaren Person nicht zeitlich unbegrenzt vorgehalten werden. Dies müsse insbesondere bei Verstössen gelten, die ohnehin von Gesetzes wegen verboten seien. Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, die Massnahmen ergingen aufgrund der in der Vergangenheit festgestellten Verstösse gegen das Kartellgesetz und verböten gleiche Verstösse für die Zukunft. Die Unterlassungsanordnung würde bloss kartellrechtliche Pflichten konkretisieren, die sich aus dem Kartellgesetz ergäben, wo sie ebenfalls unbefristet gälten. Eine Befristung sei deshalb nicht erforderlich. Die vorinstanzliche Auffassung ist zu bestätigen. Wie im Rahmen des kritisierten sachlichen Anwendungsbereichs der Unterlassungsanordnung ausgeführt (vgl. E. 5.4 hiavor), betreffen die Massnahmen lediglich kartellrechtswidriges Verhalten, das von Gesetzes wegen verboten ist. Insofern zielt der Vorwurf der Beschwerdeführerin ins Leere, wonach eine festgestellte Verfehlung der fehlbaren Person nicht zeitlich unbegrenzt vorgehalten werden könne. Die Unterlassungsanordnung hält der Beschwerdeführerin keine vergangene Verfehlung entgegen, sondern konkretisiert

BGE 148 II 475 S. 491

zukunftsgerichtet das gesetzlich vorgesehene, kartellrechtswidrige Verhalten (vgl. E. 4.3.3 f. hiavor). Sie ist unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit auch diesbezüglich nicht zu beanstanden.

5.7 Nach dem Dargelegten ist im Lichte des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Unterlassungsanordnung bestätigt hat. Es besteht eine ausreichende Wiederholungsgefahr und die Massnahmen erweisen sich in sachlicher, räumlicher, persönlicher sowie in zeitlicher Hinsicht als verhältnismässig.