



## Urteil vom 9. August 2021

---

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),  
Richterin Maria Amgwerd,  
Richterin Kathrin Dietrich,  
Gerichtsschreiber Pascal Waldvogel.

---

Parteien

**C Bauunternehmung Centorame AG,**  
Parfurgga 2, 7493 Schmiten (Albula),  
vertreten durch Peder Cathomen, Rechtsanwalt,  
Veia Vedem 3, 7458 Mon,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Wettbewerbskommission WEKO,**  
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Untersuchung 22-0457 betreffend Bauleistungen  
Graubünden wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden  
im Strassenbau (Sanktionsverfügung vom 19. August 2019).

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 des Kartellgesetzes (KG, SR 251) gegen mehrere Unternehmen wegen Verdachts auf Wettbewerbsverstösse. Die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung erfolgte am 13. November 2012 (BBI 2012 8999; vgl. Art. 28 KG). Die Beschwerdeführerin wurde in der Publikation nicht namentlich genannt.

Das Sekretariat hält in der Publikation fest, es habe Kenntnis von allfälligen Abreden zwischen Unternehmen, namentlich in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau, sowie von allfälligen Abreden mit Unternehmen in den dazu vorgelagerten Märkten im Kanton Graubünden erlangt. Es würden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Abreden betreffend Koordination von Submissionen und Aufteilung von Bauprojekten bzw. Kunden unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellten. Die Untersuchung könne auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden, welche an der beschriebenen Abrede beteiligt gewesen seien.

**A.b** Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt. Die Beschwerdeführerin wurde auch in der Publikation der Ausdehnung nicht genannt. Das Sekretariat wies erneut darauf hin, dass die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden könne.

Die amtliche Publikation der Ausdehnung der Untersuchung erfolgte am 28. Mai 2013 (BBI 2013 3369).

**B.**

**B.a** Mit Schreiben vom 23. November 2015 teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin mit, dass die Untersuchung auf sie ausgedehnt worden sei, und dass keine Publikation erfolge, da kein neues Verfahren eröffnet worden sei.

Gleichzeitig stellte sie ihr die Zwischenverfügung vom 23. November 2015 zu, in welcher den Parteien mitgeteilt wurde, dass das Verfahren auf weitere Unternehmen ausgedehnt und die Untersuchung "22-0433: Bauleis-

tungen Graubünden" in mehrere Verfahren aufgeteilt worden sei. Die Beschwerdeführerin sei Partei in der Untersuchung "22-0457: Bauleistungen Graubünden".

**B.b** Am 19. August 2019 verfügte die Vorinstanz im Verfahren "22-0457: Bauleistungen Graubünden" folgende Dispositivziffer 3:

"3. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:

[...]

3.3. Die C Bauunternehmung Centorame AG [wird belastet] mit einem Betrag von CHF (...).

[...]."

**C.**

Mit Eingabe vom 1. Oktober 2019 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragt die Aufhebung der Ziffer 3.3 der Verfügung vom 19. August 2019.

Sie macht geltend, die Untersuchung der Vorinstanz sei ihr gegenüber zu spät eröffnet worden, weshalb ihr kein Betrag für die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede auferlegt werden dürfe.

**D.**

Mit Vernehmlassung vom 17. Januar 2020 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**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 eingeforderten Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

## 2.

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

**2.2** Die Beschwerdeführerin beantragt einzig die Aufhebung der Dispositivziffer 3.3. Danach wird die Beschwerdeführerin (aufgrund der Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsabreden) mit einem Betrag von Fr. (...) belastet. Der Streitgegenstand beschränkt sich somit auf die Auferlegung der Sanktion. Soweit die Verfügung unangefochten geblieben ist, ist sie gegenüber der Beschwerdeführerin in Rechtskraft erwachsen.

## 3.

**3.1** Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede beteiligt ist, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet (Art. 49a Abs. 1 KG).

Gemäss Art. 49a Abs. 3 KG entfällt die Belastung, wenn: das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26-30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht (Bst. a); die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist (Bst. b); der Bundesrat eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 8 zugelassen hat (Bst. c).

**3.2** Die Parteien sind sich über den rechtserheblichen Sachverhalt einig. Die Beschwerdeführerin war bis Mai 2010 an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Am 30. Oktober 2012 eröffnete die Vorinstanz ein Verfahren gegen verschiedene Unternehmen aufgrund allfälliger Abreden, namentlich in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie in den dazu vorgelagerten Märkten im Kanton Graubünden. Es gehe um die Koordination von Submissionen sowie die

Aufteilung von Bauprojekten bzw. Kunden. Sie publizierte die Eröffnung des Verfahrens am 13. November 2012. Die Beschwerdeführerin wurde darin nicht namentlich erwähnt. Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt. Die Ausdehnung wurde am 28. Mai 2013 publiziert. Die Beschwerdeführerin gehörte wiederum nicht zu den namentlich genannten Unternehmen. Mit Schreiben vom 23. November 2015, mithin mehr als fünf Jahre nach Beendigung der Beteiligung der Beschwerdeführerin an den wettbewerbswidrigen Abreden, dehnte die Vorinstanz das Verfahren auf die Beschwerdeführerin aus. Im Schreiben teilte sie unter anderem mit, es würden Anhaltspunkte bestehen, dass die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit Ausschreibungen im Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 KG beteiligt gewesen sei. Auf die Bekanntmachung der Ausdehnung durch eine amtliche Publikation verzichtete das Sekretariat. Die kartellrechtliche Beurteilung des Sachverhalts als Beteiligung an Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

**3.3** Die Parteien sind sich uneinig hinsichtlich Auslegung der durch Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierten Frist. Gemäss der Bestimmung entfällt die Belastung, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei der Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt wurde. Die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin gehen von einem unterschiedlichen Eröffnungszeitpunkt der Untersuchung aus. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, das Verfahren sei gegenüber allen Unternehmen am 30. Oktober 2012 eröffnet worden (vgl. Sachverhalt A.a). Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, das Verfahren sei ihr gegenüber erst mit Schreiben vom 23. November 2015 eröffnet worden (vgl. Sachverhalt B.a). Die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei damit abgelaufen und eine Auflegung einer Sanktion sei deshalb nicht mehr möglich.

#### **4.**

**4.1** Die Vorinstanz führt zur Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG aus, die Rechtsnorm sei tatbezogen, nicht unternehmensbezogen auszulegen. Für die Sanktionierbarkeit sei folglich keine formelle und individuelle Verfahrensbekanntmachung notwendig, sondern einzig, dass die Untersuchung betreffend die letztlich zu sanktionierende Tat rechtzeitig eröffnet worden sei. Dafür spreche der Wortlaut, der tatbezogen formuliert sei. Hätte der Gesetzgeber eine unternehmensbezogene Auslegung gewollt,

hätte er beispielsweise die Formulierung "Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen" gewählt. Auch aus der italienischen und französischen Fassung des Gesetzestextes ergebe sich nichts anderes. Hinzu komme, dass die Rechtsnorm nach Sinn und Zweck eine Verwirkungsfrist statuieren, die eine Sanktionierung ermöglichen solle, sofern die Untersuchung rechtzeitig eröffnet worden sei. Sie bezwecke den Schutz des Vertrauens, dass keine Sanktionierung mehr erfolge, wenn die Wettbewerbsbehörden innerhalb der Frist untätig geblieben seien. Ein solches Vertrauen bestehe nicht, wenn die Wettbewerbsbehörden hinsichtlich eines bestimmten Verstosses das Verfahren eröffnet hätten, das Unternehmen durch die Publikation davon erfahren habe und selbst wisse, dass es an dem den Untersuchungsgegenstand bildenden Verstoß gegen das Kartellgesetz beteiligt gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe von ihrer Involvierung in den Untersuchungsgegenstand gewusst. Mit Blick auf die Medienmitteilungen und die Publikation sei davon auszugehen, dass sie von den mutmasslichen Wettbewerbsverstössen im Strassenbau Kenntnis gehabt habe. Aus den beiden Publikationen sei für die Beschwerdeführerin ersichtlich gewesen, dass mutmasslich unzulässige Abreden im Bereich des Strassenbaus im Kanton Graubünden Untersuchungsgegenstand gewesen seien. Sie sei als Strassenbauunternehmen mit Sitz in Schmitzen in Graubünden tätig, weshalb sie sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen könne. Folglich stehe Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG einer Sanktionierung der Beschwerdeführerin, der die Untersuchung erst im November 2015, also mehr als fünf Jahre nach dem Verstoß gegen das Kartellgesetz, bekannt gemacht worden sei, nicht entgegen.

**4.2** Die Beschwerdeführerin beruft sich auf Art. 28 Abs. 2 KG, wonach die Adressaten der Untersuchung in der Publikation zu nennen seien. Die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG könne deshalb nur so verstanden werden, dass die Belastung für die Adressaten der Untersuchungseröffnung entfalle, wenn sie die verbotenen Handlungen vor mehr als fünf Jahren aufgegeben hätten. Die Rechtsnorm sei nicht derart detailliert, dass auf eine fallbezogene Eröffnung abgestellt werden könne. Für die nicht ausdrücklich in der Publikation genannten Adressaten gelte die Untersuchung als nicht eröffnet und die Frist laufe weiter. Erst mit der Eröffnung hätten die Betroffenen Mitwirkungsrechte und -pflichten, weshalb die Untersuchung individuell eröffnet werden müsse. Andernfalls werde das besondere Rechtsverhältnis nicht begründet und werde die Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht unterbrochen. Auch der Anspruch auf rechtliches Gehör und das Akkusationsprinzip würden verlangen, dass ein von einer Untersuchung Betroffener klar und unmissverständlich ins Bild gesetzt werde.

Der Staat müsse den Betroffenen klar bezeichnen und individualisieren. Dies müsse in einem individuellen Eröffnungsschreiben oder durch namentliche Nennung in der Publikation erfolgen. Sie selbst sei in den Publikationen nicht namentlich erwähnt worden und habe am Wettbewerb im Engadin nicht teilgenommen. Für sie sei somit erst mehr als fünf Jahre nach Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens erkennbar gewesen, dass auch gegen sie eine entsprechende Untersuchung im Gange sei. Deshalb dürfe ihr kein Geldbetrag auferlegt werden.

**4.3** Die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG stellt auf den Zeitpunkt der "Eröffnung der Untersuchung" ab. Die Frage, wann die Frist genau endet, ist unter den Parteien umstritten. Während die Vorinstanz an die tatbezogene Eröffnung anknüpft (konkret an den 30. Oktober 2012), ist für die Beschwerdeführerin die individuelle unternehmensbezogene Eröffnung massgebend (vorliegend der 23. November 2015).

**4.4** Die Rechtsprechung hat die Frage bisher nicht ausdrücklich beantwortet. Das Bundesverwaltungsgericht führt im Urteil B-771/2012 vom 25. Juni 2018 aus, Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei eine spezialgesetzliche Regelung zur zeitlichen Dimension der Sanktionierung kartellrechtlicher Tatbestände. Als *lex specialis* gehe sie den Fristenregelungen des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) und des Strafgesetzbuchs vom 21. März 1937 (StGB, SR 311.0) vor. Als Eröffnungszeitpunkt nimmt das Urteil im dort zu beurteilenden Fall den 8. Juni 2009 an. Dabei handelt es sich um das Datum, an dem das Sekretariat das Verfahren im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums nach Art. 27 KG eröffnet hatte (Urteil B-771/2012 *Cellere* E. 9.2.4). Anders als im hier zu beurteilenden Fall fielen dort jedoch der Zeitpunkt der "tatbezogene Eröffnung" und der "unternehmensbezogene Eröffnung" nicht auseinander. Soweit ersichtlich nimmt die Lehre zur vorliegenden Frage nicht ausdrücklich Stellung (vgl. FELIX UHLMANN, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 49a Abs. 3 N. 30 ff.; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 49a N. 31; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 49a N. 239 ff.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, Art. 49a N. 36 f.; TRÜEB/ZURKINDEN, Das neue Kartellgesetz, 2004, Art. 49a N. 11 ff.; ROTH/BOVET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a N. 1 ff.; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten

Kartellgesetzes, sic! 2004, 553 ff., 564). Da es sich um eine Rechtsfrage handelt, ist sie durch Auslegung zu beantworten.

## 5.

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

## 5.2

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

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

Schutz anderer Wirtschaftsteilnehmer (z.B. geschädigte Unternehmen, Konkurrenten oder Konsumenten). Diese sollen die Möglichkeit haben sich im Sinne von Art. 43 KG an der Untersuchung zu beteiligen. Andererseits dient Art. 28 KG der Informationsbeschaffung der Wettbewerbsbehörden. Das Sekretariat ist darauf angewiesen, Informationen über das Marktverhalten der betroffenen Unternehmen von den übrigen Marktteilnehmern zu erhalten (IZUMI/BAUR, a.a.O., Art. 28 N. 2; BORER, a.a.O., Art. 28 N. 2; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 28 N. 2 ff.). Mit anderen Worten bezweckt die Norm nicht den Schutz zukünftiger Untersuchungsadressaten. Ausserdem wurde in der Publikation ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden könnte.

**5.2.3** Der Gesetzgeber verwendet sowohl in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG als auch in Art. 27 Abs. 1 KG denselben Wortlaut ("Eröffnung der Untersuchung"). Dies legt den Schluss nahe, dass er sich in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG auf die Eröffnung der Untersuchung nach Art. 27 Abs. 1 KG bezieht. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, was darunter zu verstehen ist. Danach eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen (1. Satz). Eine Untersuchung wird in jedem Fall eröffnet, wenn das Sekretariat von der Wettbewerbskommission oder dem WBF (Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung) damit beauftragt wird (2. Satz).

Der Zeitpunkt der Eröffnung einer Untersuchung ergibt sich somit klar aus Art. 27 KG. Ordentlich ist dies der Zeitpunkt, in dem die Zustimmung des Präsidiumsmitglieds der Wettbewerbskommission zur Eröffnung des Sekretariats erfolgt, womit der Zeitpunkt vorliegend auf den 30. Oktober 2012 fällt. Nach Eröffnung der Untersuchung wird sie den Unternehmen, gegen die sich die Untersuchung richtet, angezeigt. Die Anzeige erfolgt durch ein Schreiben, bei dem es sich lediglich um ein einfaches Verwaltungsschreiben handelt (IZUMI/BAUR, a.a.O., Art. 27 N. 33; vgl. auch ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 27 N. 85). Dass einem Unternehmen die Eröffnung der Untersuchung, wie vorliegend, erst viel später angezeigt wird, lässt sich nicht verhindern, zumal im Untersuchungsverfahren der Kreis der an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen mutmasslich beteiligten Unternehmen erweitert werden kann.

**5.2.4** Zudem geht aus dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG hervor, dass an die *Wettbewerbsbeschränkung*, also die Tat, angeknüpft wird. Auch dies deutet darauf, dass die Gesetzesbestimmung tatbezogen und

nicht unternehmensbezogen auszulegen ist. Wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung zutreffend ausführt, hätte der Gesetzgeber sonst eher die Formulierung "Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen" gewählt. Die französisch- und italienischsprachige Fassung stimmen diesbezüglich mit der deutschsprachigen überein.

**5.2.5** Als Zwischenstand ist festzuhalten, dass der Anknüpfungspunkt für die Eröffnung der Untersuchung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 KG klar umschrieben ist.

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

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

**5.5** Teleologisch beschränkt die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG den Anspruch des Staates auf eine Verwaltungssanktion. Wird die Wettbewerbsbeschränkung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt, entfällt der

Sanktionsanspruch und die Belastung. Damit soll Rechtssicherheit und Rechtsfrieden geschaffen werden (vgl. Urteil des BVGer A-3064/2016 vom 5. Februar 2018 E. 5.4.1.1 m.w.H.; ATTILIO R. GADOLA, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, AJP 1995, S. 47 ff., S. 48). Die Rechtsnatur der Frist ist im Schrifttum umstritten (vgl. hierzu Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 *Swisscom ADSL* Rz. 703 m.w.H.; vgl. auch BGE 140 II 384 E. 4, in welchem das BGer von Verjährung spricht).

Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG soll einen zeitlichen Rahmen festlegen, innert dem die Wettbewerbsbehörden Verwaltungssanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG auferlegen können. Die Eröffnung der Untersuchung erfolgt nicht mittels Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Entsprechend wird kein individuell-konkretes Rechtsverhältnis begründet, geändert oder aufgehoben (BGE 135 II 60 *Maestro Interchange Fee* E. 3.1.2 f.; Urteil des BVGer B-4720/2019 vom 14. Juli 2020 E. 2.3; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 27 N. 72 m.w.H.; IZUMI/BAUR, a.a.O., Art. 27 N. 30). Wie bereits ausgeführt, eröffnet das Sekretariat die Untersuchung mit der Zustimmung der Vorinstanz (vgl. oben E. 5.2.3). Die Eröffnung ist mit Beschwerde nicht anfechtbar (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 27 N. 73; BORER, a.a.O., Art. 27 N. 7; IZUMI/BAUR, a.a.O., Art. 27 N. 31). Die Untersuchung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG und Art. 27 KG wird auch bei mehreren involvierten Unternehmen nur einmal eröffnet und bezieht sich auf eine bestimmte Wettbewerbsbeschränkung. Auch aus Praktikabilitätsgründen und aus Überlegungen der Rechtsgleichheit erscheint es sachgerecht, dass der Zeitpunkt gegenüber allen Unternehmen, die der Wettbewerbsbeschränkung verdächtigt werden, einheitlich bestimmt wird, auch wenn das Verfahren auf einige erst später ausgedehnt wird.

Die Eröffnung ist kein formell-rechtlicher Verfahrensschritt, der gegenüber den einzelnen Unternehmen individuell zu erfolgen hätte. Hingegen ist, wie bereits erwähnt, den involvierten Unternehmen anzuzeigen, wenn sie individuell Teil einer eröffneten Untersuchung werden (vgl. oben E. 5.2.3). Die Anzeige kann auch erst nach Ausdehnung einer Untersuchung erfolgen, wie das im vorliegenden Fall geschah. Die Frist auf den Zeitpunkt des einfachen Verwaltungsschreibens auszurichten, macht im Lichte der zeitlichen Anknüpfung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG wenig Sinn.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin begründet die Eröffnung der Untersuchung noch keine Mitwirkungsrechte und Mitwirkungspflichten

der Parteien. Die blosser Eröffnung hat auf die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin noch keinen Einfluss, auch wenn mit der Eröffnung des Untersuchungsverfahrens weitreichende Untersuchungsmassnahmen angeordnet werden können (BORER, a.a.O., Art. 27 N. 6; vgl. Art. 42 KG). Dass die Beschwerdeführerin dadurch, dass sie erst im Verlauf des Untersuchungsverfahrens als Untersuchungsadressatin in das Verfahren einbezogen wurde, konkrete Nachteile erlitt, wird nicht stichhaltig geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich.

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

## **6.**

**6.1** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Akkusationsprinzips. Der Staat müsse die Betroffenen klar bezeichnen und individualisieren. Der Betroffene müsse in der Publikation namentlich genannt werden. So verlange es Art. 28 KG. Es könne nicht sein, dass ein Unternehmen selbst zu entscheiden habe, ob es allenfalls von einer Untersuchung betroffen sei. Dies sei mit dem Akkusationsprinzip nicht vereinbar.

**6.2** Der Anklagegrundsatz wird aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. a und b EMRK abgeleitet. Nach diesem Grundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; BGE 141 IV 132 E. 3.4.1 m.w.H.).

**6.3** Die Beschwerdeführerin verkennt, dass der Anklagegrundsatz für das Verfahren vor Gerichtsinstanzen gilt (vgl. zum Anklagegrundsatz im Kartellverfahren IZUMI/KRIMMER, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 30 N. 6 f.). Die Untersuchung aufgrund möglicher Wettbewerbsverstöße erfolgt dagegen in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren, das von den Wettbewerbsbehörden durchgeführt wird. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) anwendbar (Art. 39 KG). Vorbehalten bleiben die Bestimmungen für einzelne eingreifenden Untersuchungsmassnahmen. So können die Wettbewerbsbehörden unter sinngemässer Anwendung von Art. 64 BZP Dritte als Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten (Art. 42 Abs. 1 KG). Ebenfalls können die Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen (unter sinngemässer Anwendung der Artikel 45-50 VstG; Art. 42 Abs. 2 KG). Im Zeitpunkt der Eröffnung geht es um die Abklärung bestehender Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (Art. 27 KG). Eine strafrechtsähnliche Sanktion im Sinne von Art. 6 EMRK steht zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Raum (vgl. zur Rechtsnatur der kartellrechtlichen Sanktion BGE 139 I 72 *Publigroupe* E. 2.2). Der Anklagegrundsatz kann in Analogie zum Strafrecht erst mit der Sanktionsverfügung greifen, die vor Gericht angefochten werden kann. Dass die Vorwürfe der Sanktionsverfügung sich sachlich-thematisch mit der Untersuchung nicht decken würden, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend. Ebenso wenig bringt sie vor, dass sie nicht gewusst habe, was ihr mit der Sanktionsverfügung zur Last gelegt werde. Dass im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung eine individualisierende Bezeichnung aller Adressaten, die möglicherweise in die Untersuchung einbezogen werden, zu erfolgen hätte, entspricht nicht der legislatorischen Absicht von Art. 27 KG oder Art. 28 KG und lässt sich aus dem Anklagegrundsatz nicht ableiten. Vielmehr liegt es in der Natur der Sache, dass ein Untersuchungsverfahren auf weitere Untersuchungsadressaten ausgedehnt werden kann.

## 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und führt die gleichen Gründe wie zum Anklagegrundsatz an. Sie werde in der Publikation vom 13. November 2012 und jener vom 28. Mai 2013 nicht namentlich genannt, weshalb sie nicht habe annehmen müssen, dass sie

von einer kartellrechtlichen Untersuchung erfasst sei. Nach den Publikationen sei eine Untersuchung gegen Unternehmen im Unterengadin eröffnet worden, doch habe sie im Engadin nicht am Wettbewerb teilgenommen.

**7.2** Der Grundsatz des fairen Verfahrens von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthält den Aspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV. Der Gehörsanspruch garantiert die ordnungsgemässe Anwendung des anwendbaren Verfahrensrechts (vgl. Urteile des BGer 2C\_162/2015 vom 19. Januar 2016 E. 2.4.3 und 2C\_918/2015 vom 20. Juli 2016 E. 3.2.2; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 29 N. 18; GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 29 N. 20). Im Anwendungsbereich des Kartellgesetzes richtet sich der Gehörsanspruch mit seinen Teilgehalten (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 1010 ff.) nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (Art. 26 ff. VwVG), soweit im Kartellgesetz keine abweichende Regelung vorgesehen ist (Art. 39 KG).

**7.3** Die Beschwerdeführerin beruft sich auf den Anspruch des rechtlichen Gehörs, ohne näher darzulegen, weshalb er verletzt sein soll. Solches lässt sich auch nicht annehmen. Aus keinem Teilgehalt des Gehörsanspruchs lässt sich ableiten, dass schon bei Eröffnung der Untersuchung die Adressaten namentlich genannt sein müssten, zumal Art. 27 KG keine Verfahrensgarantie enthält. Die Adressaten der Untersuchung sind in der Publikation nach Art. 28 KG zu nennen, doch hindert dies eine spätere Ausdehnung der Untersuchung nicht. Die Bestimmung dient dem Schutz Dritter sowie der Informationsbeschaffung der Wettbewerbsbehörden, wie bereits dargelegt (vgl. oben E. 5.2.2). Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin erst später einbezogen wurde, weshalb sie in den beiden Publikationen nicht persönlich figuriert. Da der Vorschrift lediglich deklaratorischen Charakter zuerkannt wird (vgl. oben E. 5.2.2), kann die Nicht-Nennung der Beschwerdeführerin von vornherein keine Verletzung einer Verfahrensgarantie begründen. Der Gehörsanspruch ist nicht verletzt. Aus den Akten geht hervor, dass sie mit Schreiben vom 23. November 2015 über die Ausdehnung der Untersuchung informiert wurde, am 26. August 2016 wurde sie einvernommen und am 21. Februar 2019 erhielt sie Gelegenheit, zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen, was sie auch wahrgenommen hat. Im Übrigen ist der Beschwerdeführerin zu widersprechen, wenn sie ausführt, die Untersuchung sei lediglich gegen Unternehmen eröffnet worden, die sich im Unterengadin an Absprachen beteiligt hätten. Aus der Publikation

vom 13. November 2012 geht klar hervor, dass das Sekretariat von allfälligen Abreden Kenntnis habe, *namentlich in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie mit Unternehmen in den dazu vorgelagerten Märkten im Kanton Graubünden*. Inhaltlich sollen die Absprachen *insbesondere die Koordination von Submissionen sowie die Aufteilung von Bauprojekten bzw. Kunden betreffen* (Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 13. November 2012 im SHAB). Daran war die Beschwerdeführerin beteiligt. Die Verfahrensgarantien sind, auch soweit sie verfassungsrechtlich gewährleistet werden, gewahrt und ändern nichts am Lauf der Fünfjahresfrist im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, die im vorliegenden Fall eingehalten wurde.

## **8.**

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

## **9.**

**9.1** Die Beschwerdeführerin verlangt eine Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren. Weder das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes noch das Kartellgesetz enthalten eine rechtliche Grundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren (vgl. BGE 140 V 116 E. 3.4.2 m.w.H. und BGE 132 II 47 E. 5 m.w.H.). Das diesbezügliche Begehren der Beschwerdeführerin ist abzuweisen.

**9.2** Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> 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).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 8'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0457; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Daniel Willisegger

Pascal Waldvogel

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 31. August 2021